المهذب

في فقه الإمام الشافعي

لأبي إسحاق الشيرازي

(٣٩٣هـ - ٤٧٦هـ)

تحقيق وتعليق وشرح وبيان الراجح في المذهب

بقلم

الدكتور محمد الزحيلي

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة دمشق

الجزء الثالث

المعاملات المالية والسبق وإحياء الموات

والوقف والهبات والوصايا

دار القلم

دمشق

الدار الشامية

بيروت

الطّبْعَة الأولى
١٤١٧هـ - ١٩٩٦م

تُطلب جميع كتبنا مِن :
دَارُ القلم - دمَشق : ص.ب : ٤٥٢٣ - ت : ٢٢٢٩١٧٧
الدّار الشامية - بيروت - ت : ٦٥٣٦٥٥ / ٦٥٣٦٦٦
ص.ب : ٦٥٠١ / ١١٣

توزّع جميع كتبنا في السّعودية عن طريق
دَارُ البَشير - جدّة : ٢١٤٦١ - ص.ب : ٢٨٩٥
ت : ٦٦٠٨٩٠٤ / ٦٦٥٧٦٢١

المهذب

في فقه الإمام الشافعي

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الجزء الثالث

الحمد لله حمداً يوافي نعمه، ويكافىء مزيده، والصلاة والسلام على رسول الله، المبعوث رحمة للعالمين، ورضي الله تعالى عن الصحابة والتابعين، والأئمة والعلماء والعاملين، ومن رضي بالله رباً، وبالإسلام ديناً، وبالقرآن إماماً، وبمحمد ﷺ نبياً ورسولاً.

وبعد: فقد تم بعون الله تعالى وتوفيقه التحقيق والتعليق والشرح وبيان الراجح في المذهب من كتاب «المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيخ أبـي إسحاق الشيرازي، المتوفى ٤٧٦هـ، وذلك بعد أن تمّ طبع المجلدين الأول والثاني منذ سنة ونيف، وقد سرت في التحقيق والتعليق والشرح والترجيح في هذا المجلد على الخطة والمنهج اللذين التزمتهما في المجلدين (الأول والثاني)، لكني أذكر النقاط التالية:

١ ــ يعتمد التحقيق والترجيح في هذا المجلد على الإمام النووي أولاً في الجزء التاسع من «المجموع» أما الأجزاء الثلاثة التالية التي شرحها السبكي فإنه لا يرجح بنفسه، وإنما ينقل الترجيح عن غيره، ولذلك اعتمدنا في ترجيحه بما رجحه أكثر الأصحاب، أو بما رجحه الرافعي، وهو محقق المذهب، أو بما نقله السبكي عن النووي في «الروضة وغيرها»، وفي الأجزاء (١٣، ١٤، ١٥) من المجموع للمطيعي فقد اختفى الترجيح نهائياً، مما دفعني للاعتماد على كتابـي النووي رحمه الله تعالى، وهما «منهاج الطالبين مع شرحه مغني المحتاج» وكتاب «الروضة».

٢ ـ حاولت الاختصار في التعليقات خشية الإطالة، واقتصرت على المهم النافع المفيد في توضيح المعاني اللغوية، وتخريج الأحاديث، وبيان القول الراجح.

٣ ـ يكثر في هذا المجلد (وما يليه) مسائل العتق والعبيد والرقيق، واختصرت فيها قدر الإمكان، ولم أعلق أو أفرع على مسائلها، أو أبين القول الراجح فيها، لأنه لم يبق لها مجال اليوم.

٤ ـ لاحظت اعتماد الشيرازي على القواعد الفقهية الكلية، وتعليله بها في الأحكام بكثرة، مما يدل على شيوع القواعد الكلية في الفقه الشافعي منذ القرن الخامس الهجري.

٥ ـ يوجد في مكتبة الأسد الوطنية بدمشق نسخة خطية للمهذب تقابل المجلد الثالث وما يليه، والنسخة قديمة فيها بعض الرطوبة والإصابة بالأرضة، والجزء الأول من المخطوطة مفقود، والجزء الثاني بخط نسخ قديم واضح، نسخه يحيى بن أبي الحسن بن طالب الحمامي المتوفى سنة ٥٣٠هـ، برقم ٢١٨٣ عام (٢٤٦ فقه شافعي) ورقاته ٤٣٨ ق، ويوجد منه ثلاث نسخ خطية أخرى، ويتضمن كتاب البيع وما يليه.

والجزء الثالث من المخطوط أوله كتاب النكاح، بخط نسخ قديم، ورقاته ١٥٩ ق برقم ٣١٨٦ (٢٤٩ فقه شافعي)، والجزء الرابع أوله كتاب الجنايات، وكان فيه نقص ثم استدرك متأخراً في نحو عشر ورقات، ويختلف عن خط الأصل، والخط القديم أجمل وأصغر، وكلاهما نسخ، ورقاته ٢٠٤ ق، والرقم ٢١٨٧ (فقه شافعي ٢٥٠)[1].

ولم أر فائدة من المقابلة بالنسخة الخطية إلَّا زيادة الحواشي وإثقال الكتاب، فاكتفيت بالمطبوعة والمجموع.

---

(١) فهرس مخطوطات الفقه الشافعي في دار الكتب الظاهرية، وضعه الشيخ عبد الغني الدقر ص ٢٨١، وما بعدها.

٦ ـ توسع النووي في شرح أول البيوع حتى أول الربا وذلك في ثلثي الجـزء التاسع[١]، وشرح السبكي ست عشر صفحة من «المهـذب» (٢٧٢ ـ ٢٨٨) في ثلاثة أجزاء[٢]، ثم تابع المطيعي الشرح بمنهج خاص لذلك كان اعتمادي عليه قليلاً.

وأسأل الله تعالى النفع والفائدة، وأن يعيننا في إكمال الكتاب، والحمد لله رب العالمين.

• • •

(١) ينتهي شرح النووي رحمه الله تعالى للمهذب صفحة ٦٤ من هذا الجزء، ويبدأ شرح السبكي.

(٢) ينتهي شرح السبكي رحمه الله تعالى للمهذب صفحة ١٣٢ من هذا الجزء، ويبدأ شرح محمد نجيب المطيعي، ويستمر إلى نهاية «المهذب».

كتاب البيوع

البيع جائز[1]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأحَلَّ اللهُ البَيْعَ، وحَرَّمَ الرِّبا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمَنُوا لا تأكلُوا أمْوالَكم بَيْنَكم بالباطلِ إلاَّ أنْ تكونَ تجارةً عن تَراضٍ مِنْكم[2]﴾ [النساء: ٢٩].

---

(١) البيع نقل الملك في العين بعقد المعاوضة، يقال: باع الشيء إذا أخرجه عن ملكه، وباعه إذا اشتراه وأدخله في ملكه، وهو من الأضداد، وكذا شرى إذا أخذ، وشرى إذا باع، قال الله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس ﴾ [يوسف: ٢٠]، أي باعوه، وذلك لأن كل واحد من المتبايعين يأخذ عوضاً ويعطي عوضاً، فهو بائع لما أعطى، ومشتر لما أخذ، فصلح الاسمان لهما جميعاً، ومنه قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»، وأنشد أبو عبيد:

وباع بنيه بعضهم بخسارة ... وبعت لذبيان العلاء بما لك

أي شريت. (النظم ١/٢٥٧).

(٢) النص ليس على ظاهره، وإنما المعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل أي بالعقود الفاسدة التي لا تجوز في الشرع كالربا والقمار والنجش والظلم، لكن كلوا بالتجارة، و «إلاَّ» ههنا بمعنى لكن، وقيل للاستثناء، وهو استثناء منقطع من غير الجنس الأول، لأن التجارة ليست من جنس الباطل، أي لكن لكم أكلها بتجارة عن تراض منكم، وخص الله سبحانه وتعالى الأكل بالنهي تنبيهاً على غيره، لكونه معظم المقصود من المال، وأجمعت الأمة على أن التصرف في المال بالباطل حرام، سواء أكلاً أم بيعة أم هبة أم غير ذلك. =

ويصح البيع من كل بالغ عاقل مختار، فأما الصبـي، والمجنون، فلا يصح بيعهما، لقوله ﷺ: «رُفِعَ القلمُ عن ثلاثةٍ: عن الصبـي حتى يبلغَ، وعن النائمِ حتى يَسْتَيْقظَ، وعن المجنونِ حتى يَفيق»[١]، ولأنه تصرف في المالِ، فلم يُفوض إلى الصبـي والمجنون، كحفظ المال.

فأما المكره: فإنَّه إنْ كان بغيرِ حقٍ لم يصح بيعه، لقوله تعالى: ﴿لا تأكلُوا أموالَكم بينَكم بالباطلِ إلاَّ أنْ تكونَ تجارةً عن تَراضٍ مِنْكم﴾ [النساء: ٢٩]، فدل على أنه إذا لم يكن عن تراض لم يحل الأكل، وروى أبو سعيد الخدري أن النبـي ﷺ قال: «إنَّما البيعُ عن تَراض»[٢]، فدل على أنه لا بيع عن غير تراض، ولأنه قول أُكْرِه عليه بغير حق، فلم يصح، ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم، وإن كان بحق صح، لأنه قول حمل عليه بحق[٣] فصح، ككلمة الإسلام إذا أكره عليها الحربـي.

فـصـل [صيغة البيع]:

ولا ينعقد البيع إلاَّ بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة[٤] فلا ينعقد بها البيع؛

= والباطل اسم جامع لكل ما لا يحل في الشرع كالربا والغصب والسرقة والخيانة، وكل محرم ورد الشرع به. (النظم ١/ ٢٥٧، المجموع ٩/ ١٥٣).

(١) هذا حديث صحيح، سبق تخريجه ٢/ ٥٨٦، ٦٦٠.

(٢) هذا الحديث رواه البيهقي، وهو حديث طويل (سنن البيهقي ٦/ ١٧، المجموع ٩/ ١٦٧).

(٣) وصورة ذلك أن يكون الشخص عليه دين، ومعه متاع يمكنه بيعه فيه، فيمتنع من بيعه بعد امتناع المالك من الوفاء والبيع، فيكره على البيع، أو يبيعه القاضي إن شاء بغير إذنه، لوفاء الدين. (المجموع ٩/ ١٦٧).

(٤) المعاطاة: المناولة، من عطا يعطو إذا تناول، مفاعلة من العطاء، وهو أن يتقابضا من غير عقد، وصورتها أن يعطيه درهماً، ويأخذ منه شيئاً في مقابلته. (النظم ١/ ٢٥٧، المجموع ٧/ ١٧٢).

وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩.

لأن اسم البيع لا يقع عليه[1]، والإيجاب: أن يقول: بعتك، أو ملكتك، أو ما أشبههما، والقبول: أن يقول: قبلتُ، أو ابتعتُ، أو ما أشبههما، فإن قال: المشتري: بعني، فقال البائع: بعتك، انعقد البيع؛ لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول.

وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة، ففيه وجهان، أحدهما: ينعقد البيع؛ لأنه موضع ضرورة، والثاني: لا ينعقد، وهو الصحيح[2]، لأنه قادر على النطق، فلا ينعقد البيع بغيره، وقول القائل الأول: إنه موضع ضرورة، لا يصح؛ لأنه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول.

فصل [خيار المجلس]:

وإذا انعقد البيع، ثبت لكل واحدٍ من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا، أو يتخايرا، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «البيعانِ بالخيارِ ما لم يَتَفَرَّقا، أو يقول أحدهما للآخر: اختر»[3].

والتفرق: أن يتفرقا بأبدانهما، بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع، كلامه،

---

(١) وفيه وجه مشهور عن ابن سريج أنه يصح البيع بالمعاطاة، واختار جماعة من الأصحاب جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعاً، قال النووي: «وهذا هو المختار، لأنه لم يثبت في الشرع لفظ البيع، فوجب الرجوع إلى العرف» (المجموع ٩/ ١٧١).

(٢) هذا الوجه غير صحيح، والأصح أنه يصح البيع ونحوه بالمكاتبة لوجود التراضي. (المجموع ٩/ ١٧٧).

(٣) هذا الحديث رواه البخاري (٢/ ٧٣٢، ٧٤٣ كتاب البيوع، باب إذا بيَّن البيعان، وباب البيعان بالخيار)، ومسلم (١٠/ ١٧٣ كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان)، والترمذي (٤/ ٤٤٨).
وقوله: «أو يقول» تقديره إلاَّ أن يقول، أو إلى أن يقول. (المجموع ٩/ ١٨٥).

لما روى نافع: «أن ابن عمر رضي الله عنه كان إذا اشترى شيئاً، مشى أذرعاً، ليجبَّ البيع، ثم يرجع»[1]، ولأن التفرق في الشرع مطلق، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود، وذلك يحصل بما ذكرناه، وإن لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حاجز من ستر، أو غيره، لم يسقط الخيار؛ لأن ذلك لا يسمى تفرقاً.

وأما التخاير: فهو أن يقول أحدهما للآخر: اختر إمضاء البيع أو فسخه، فيقول الآخر: اخترت إمضاءه، أو فسخه، فينقطع الخيار لقوله عليه السلام: «أو يقول أحدهما للآخر: اختر»، فإن خير أحدهما صاحبه، فسكت، لم ينقطع خيار المسؤول، وهل ينقطع خيار السائل؟ فيه وجهان، أحدهما: لا ينقطع خياره، كما لو قال لزوجته: اختاري، فسكتت، فإن خيار الزوج في طلاقها لا يَسْقط، والثاني: أنه ينقطع[2]، لقوله عليه السلام: «أو يقولَ أحدُهما للآخر: اختر»، فدل على أنه إذا قال يسقط خياره، ويخالف تخيير المرأة، فإن المرأة لم تكن مالكة للخيار، وإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه، فإذا سكتت بقي على حقه، وههنا المشتري يملك الفسخ، فلا يفيد تخييره إسقاط حقه، من الخيار.

فإن أُكرها على التفرق، ففيه وجهان، أحدهما: يبطل الخيار؛ لأنه كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير، فإذا لم يفعل فقد رضي بإسقاط الخيار، والثاني: أنه لا يبطل؛ لأنه لم يوجد منه أكثر من السكوت، والسكوت لا يسقط الخيار[3].

فصل [البيع بدون خيار]:

فإن باعه على أن لا خيار له، ففيه وجهان، من أصحابنا من قال: يصح؛ لأن الخيار جعل رِفقاً بهما، فجاز لهما تركه، ولأن الخيار غرر، فجاز إسقاطه،

---

(١) هذا الحديث رواه البخاري (٢/ ٧٤٢ كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار)، ومسلم (١٠/ ١٧٥ كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين)، والترمذي (٤/ ٤٤٨).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح، ويسقط خياره. (المجموع ٩/ ١٩١).

(٣) وهذا هو الوجه الصحيح بأن لا ينقطع الخيار بالإكراه (المجموع ٩/ ١٩٤، الأشباه ص ٢٠٤).

وقال أبو إسحاق: لا يصح، وهو الصحيح، لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع، فلم يجز إسقاطه قبل تمامه، كخيار الشفيع، فإن قلنا: بهذا، فهل يبطل العقد بهذا الشرط؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يبطل؛ لأن هذا الشرط، لا يؤدي إلى الجهل بالعوض والمعوض، والثاني: يبطل، لأنه يسقط موجب العقد، فأبطله، كما لو شرط أن لا يسلم المبيع[1].

فصل [خيار الشرط]:

ويجوز شرط خيار ثلاثة أيام في البيوع التي لا ربا فيها، لما روى محمد بن يحيى بن حَبان قال: كان جدي قد بلغ ثلاثين ومائة سنة لا يترك البيع والشراء، ولا يزال يُخدع، فقال له رسول الله ﷺ: «من بايعته فقل: لا خلابة، وأنت بالخيار ثلاثاً»[2]، فأما في البيوع التي فيها الربا، وهي الصرف، وبيع الطعام بالطعام[3]، فلا يجوز فيها شرط الخيار، لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمام البيع، ولهذا لا يجوز

---

(١) الوجه الأصح أن البيع باطل، ونقل أنه القول المنصوص في «البويطي»، و «القديم» والقول الثاني أنه صحيح ولا خيار. (المجموع ٩/ ١٩٠).

(٢) هذا الحديث أخرجه المصنف مرسلاً؛ لأن محمد بن يحيى تابعي لم يدرك النبي ﷺ، لكن مثل هذا المرسل يحتج به الشافعي، لأنه يحتج بالمرسل إذا اعتضد بمرسل آخر، أو بمسند أو بقول بعض الصحابة، أو بفتيا عوام أهل العلم، وهذا المرسل وجد فيه ذلك، لأن الأمة مجمعة على جواز شرط الخيار ثلاثة أيام. (المجموع ٩/ ٢٠٣).
وحَبان بفتح الحاء بلا خلاف بين أهل العلم من المحدثين وغيرهم، والخلابة هي الغبن والخديعة. (المجموع ٩/ ٢٠٢).
وهذا الحديث رواه عن ابن عمر: البخاري (٢/ ٧٤٥ كتاب البيوع، باب ما يكره من الخِداع في البيع)، ومسلم (١٠/ ١٧٦ كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع).
والخِداع هو إظهار ما في النفس، وإخفاء الغش، من خدعت عين الشمس إذا غابت، وقيل معناه: الفساد، كما قيل: طيب الريق إذا الريق خدع، أي فسد، كأنه يفسد ما يظهره من النصيحة بما يخفيه من الغش. (النظم ١/ ٢٥٨).

(٣) ترك المصنف هنا ذكر السلم، لكنه ذكره في كتاب السلم. (المجموع ٩/ ٢٠٦).

أن يتفرقا إلاَّ عن قبض العوضين، فلو جوزنا شرط الخيار لتفرقا ولم يتم البيع بينهما.

وجاز شرط الخيار في ثلاثة أيام، وفيما دونها؛ لأنه إذا جاز شرط الثلاث فما دونها أولى بذلك.

ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه غرر، وإنما جوز في الثلاث لأنه رخصة فلا يجوز فيما زاد[1].

ويجوز أن يشترط لهما ولأحدهما دون الآخر، ويجوز أن يشترط لأحدهما ثلاثة أيام، وللآخر يوم، أو يومان، لأن ذلك جعل إلى شرطهما، فكان على حسب الشرط، فإن شرطا ثلاثة أيام، ثم تخايرا، سقط قياساً على خيار المجلس[2].

وإن شُرط الخيار لأجنبي، ففيه قولان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه حكم من أحكام العقد، فلا يثبت لغير المتعاقدين، كسائر الأحكام، والثاني: يصح؛ لأنه جعل إلى شرطهما للحاجة، وربما دعت الحاجة إلى شرطه للأجنبي، بأن يكون أعرف بالمتاع منهما[3]، فإن شرطه للأجنبي، وقلنا: إنه يصح، فهل يثبت له؟ فيه وجهان، أحدهما: يثبت له؛ لأنه إذا ثبت للأجنبي من جهته، فلأن يثبت له أولى،

(١) يشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد، وإلاَّ بطل العقد لمنافاته لمقتضاه، ولو شرط الخيار مطلقاً، أو لمدة مجهولة، بطل البيع. (المجموع ٩/ ٢٠٥).

(٢) إذا كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد فباعه بشرط الخيار ثلاثة أيام ففيه وجهان، أصحهما يبطل البيع، والثاني يصح ويباع عند الإشراف على الفساد، ويقام ثمنه مقامه، وهذا غلط ظاهر، ويسقط الخيار بإسقاطه، وإذا مضت مدة الخيار من غير فسخ ولا إجازة تمَّ البيع ولزم بلا خلاف عند الشافعية. (المجموع ٩/ ٢٠٤، ٢٠٦، ٢١٠).

(٣) الأصح من القولين صحة البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص الشافعي، والقول الثاني: البيع باطل، وفيه وجه عند ابن سريج أن البيع صحيح، والشرط باطل. (المجموع ١٠/ ٢١٠، ٢١١).

والثاني: لا يثبت؛ لأن ثبوته بالشرط، فلا يثبت إلاَّ لمن شُرط له[١].

قال في «الصرف»: إذا اشترى بشرط الخيار، على أن لا يفسخ حتى يستأمر فلاناً، لم يكن له أن يفسخ حتى يقول استأمرته، فأمرني بالفسخ، فمن أصحابنا من قال: له أن يفسخ من غير إذنه؛ لأن له أن يفسخ من غير شرط الاستئمار، فلا يسقط حقه بذكر الاستئمار، وتأول ما قاله على أنه أراد به أن لا يقول استأمرته إلاَّ بعد أن يستأمره لئلا يكون كاذباً، ومنهم من حمله على ظاهره أنه لا يجوز أن يفسخ؛ لأنه ثبت بالشرط، فكان على ما شرط[٢].

وإذا شرط الخيار في البيع، ففي ابتداء مدته وجهان، أحدهما: من حين العقد؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد[٣]، فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالأجل، ولأنه لو اعتبر من حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولاً؛ لأنه لا يعلم متى يفترقان[٤]، والثاني: أنه يعتبر من حين التفرق؛ لأن ما قبل التفرق الخيار ثابت فيه بالشرع، فلا يثبت فيه بشرط الخيار، فإن قلنا: إن ابتداءه من حين العقد، فشرط أن يكون من حين التفرق، بطل[٥]، لأن وقت الخيار مجهول، ولأنه يزيد الخيار على ثلاثة أيام، وإن قلنا: إن ابتداءه من حين التفرق، فشرط أن يكون من حين العقد، ففيه وجهان، أحدهما: يصح؛ لأن ابتداء الوقت معلوم[٦]، والثاني: لا يصح؛ لأنه شرط ينافي موجب العقد، فأبطله.

---

(١) الوجه الأصح عند الجمهور لا يثبت الخيار له، وهذا ظاهر النص. (المجموع ٩/ ٢١١).

(٢) وهذا الجواب أصح وأقرب إلى ظاهر النص، لأنه قال: «لم يكن له أن يفسخ». (المجموع ٩/ ٢١٢).

(٣) هذه الجملة احتراز من الاستبراء إذا كان لا يحسب إلاَّ بعد القبض أو بعد انقضاء الخيار. (المجموع ٩/ ٢١٣).

(٤) وهذا هو الوجه الأصح باتفاق الأصحاب، ويبدأ من حيث العقد. (المجموع ٩/ ٢١٣).

(٥) هذا هو المذهب. (المجموع ٩/ ٢١٤).

(٦) هذا هو الوجه الأصح، ولا يبطل باتفاق الأصحاب. (المجموع ٩/ ٢١٤).

ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ في محضر من صاحبه، وفي غيبته؛ لأنه رفع عقد جعل إلى اختياره[1]، فجاز في حضوره وغيبته كالطلاق.

فإن تصرف في المبيع تصرفاً يفتقر إلى الملك كالعتق، والوطء، والهبة، والبيع، وما أشبهها، نظرتَ:

فإن كان ذلك من البائع كان اختياراً للفسخ؛ لأنه تصرف يفتقر إلى الملك، فجعل اختياراً للفسخ والرد إلى الملك[2].

وإن كان ذلك من المشتري ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: إن كان ذلك عتقاً، كان اختياراً للإمضاء، وإن كان غيره لم يكن اختياراً؛ لأن العتق لو وجد قبل العلم بالعيب منع الرد، فأسقط خيار المجلس، وخيار الشرط، وما سواه لو وجد قبل العلم بالعيب لم يمنع الرد، فلم يسقط خيار الجلس، وخيار الشرط، وقال أبو سعيد الإصطخري: الجميع اختيار للإمضاء، وهو الصحيح[3]؛ لأن الجميع يفتقر إلى الملك[4]، فكان الجميع اختياراً للملك، ولأن في حق البائع الجميع واحد، فكذلك في حق المشتري.

فإن وطئها المشتري بحضرة البائع، وهو ساكت، فهل ينقطع خيار البائع بذلك؟ فيه وجهان، أحدهما: ينقطع؛ لأنه أَمكنه أن يمنعه فإذا سكت كان ذلك رضا بالبيع[5]، والثاني: لا ينقطع؛ لأنه سكوت عن التصرف في ملكه[6]، فلا يسقط عليه حكم التصرف، كما لو رأى رجلاً يخرق ثوبَه فسكت عنه.

---

(١) وهذا احتراز من الإقالة والخلع، فإنهما لم يجعلا إلى اختياره وحده، بل إلى اختيارهما. (المجموع ٩/ ٣١٥).

(٢) وهذا ما قطع به جمهور الأصحاب. (المجموع ٩/ ٢١٧).

(٣) وهذا ما صححه الأصحاب. (المجموع ٩/ ٢٢٠).

(٤) وهذا احتراز من الاستخدام. (المجموع ٩/ ٢١٧).

(٥) إذا كان البائع جاهلاً بوطء المشتري لم يسقط خيار البائع قطعاً، وإن أدركه حصلت الإجازة منه قطعاً، فإن رآه وسكت، فالوجه الأصح لا يكون مجيزاً قطعاً. (المجموع ٩/ ٢٢٠).

(٦) وفيه احتراز من المودَع إذا رأى من يسرق الوديعة فسكت عنه. (المجموع ٩/ ٢١٧).

فإن جُنَّ من له الخيار، أو أغمي عليه، انتقل الخيار إلى الناظر في ماله[1].

وإن مات فإن كان في خيار الشرط انتقل الخيار إلى من ينتقل إليه المال؛ لأنه حق ثابت لإصلاح المال[2]، فلم يسقط بالموت، كالرهن، وحبس المبيع على الثمن، فإن لم يعلم الوارث حتى مضت المدة، ففيه وجهان، أحدهما: يثبت له الخيار في القدر الذي بقي من المدة؛ لأنه لما انتقل الخيار إلى غير من شرط له بالموت، وجب أن ينتقل إلى غير الزمان الذي شرط فيه، والثاني: أنه تسقط المدة، ويثبت الخيار للوارث على الفور[3]؛ لأن المدة فاتت، وبقي الخيار، فكان على الفور، كخيار الرد بالعيب.

وإن كان في خيار المجلس، فقد روى المزني أن الخيار للوارث، وقال في «المكاتب»: إذا مات وجب البيع، فمن أصحابنا من قال: لا يسقط الخيار بالموت في المكاتب وغيره، وقوله في «المكاتب»: وجب البيع، أراد به أنه لا ينفسخ بالموت، كما تنفسخ الكتابة، ومنهم من قال: يسقط الخيار في بيع المكاتب، ولا يسقط في بيع غيره؛ لأن السيد يملك بحق الملك، فإذا لم يملك في حياة المكاتب لم يملك بعد موته، والوارث يملك بحق الإرث، فانتقل إليه بموته، ومنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، وخرجهما على قولين، أحدهما: أنه يسقط الخيار؛ لأنه إذا سقط الخيار بالتفرق، فلأن يسقط بالموت، والتفرق فيه أعظم، أولى، والثاني: لا يسقط، وهو الصحيح؛ لأنه خيار ثابت

---

(١) يقوم مقام صاحب الخيار وليه أو الحاكم، ويفعل ما فيه الحظ من الفسخ والإجازة، وهو الأصح، وفيه وجه آخر أنه ينقطع بالموت. (المجموع ٩/ ٢٢٥).

(٢) قوله: «حق ثابت بإصلاح المال» احتراز عمن أسلم على أكثر من أربع زوجات وأسلمن، ومات قبل الاختيار، فإن الخيار لا ينتقل إلى الوارث. (المجموع ٩/ ٢٣٢).

(٣) هذا هو الوجه الأصح، ويكون الخيار على الفور، وهو ظاهر نص «الأم»، وفيه وجه ثالث أنه يبقى الخيار ما دام المجلس الذي بلغه فيه الخبر، ووجه رابع أنه يسقط الخيار، ويلزم البيع بمجرد مضي المدة. (المجموع ٩/ ٢٢٢، ٢٢٣).

لفسخ البيع[١]، فلم يبطل بالموت، كخيار الشرط[٢]، فعلى هذا إن كان الذي ينتقل إليه الخيار حاضراً ثبت له الخيار إلى أن يتفرقا، أو يتخايرا، وإن كان غائباً ثبت له الخيار إلى أن يفارق الموضع الذي بلغه فيه[٣].

فصل [انتقال الملك عند الشرط]:

وفي الوقت الذي ينتقل الملك في البيع الذي فيه خيار المجلس، أو خيار الشرط، ثلاثة أقوال، أحدها: ينتقل بنفس العقد؛ لأنه عقد معاوضة، يوجب الملك[٤]، فانتقل الملك فيه بنفس العقد، كالنكاح، والثاني: أنه يملك بالعقد، وانقضاء الخيار؛ لأنه لا يملك التصرف إلاّ بالعقد وانقضاء الخيار، فدل على أنه لا يملك إلاّ بهما، والثالث: أنه موقوف مراعى[٥]، فإن لم يفسخ العقد تبينا أنه ملك بالعقد، وإن فسخ تبينا أنه لم يملك؛ لأنه لا يجوز أن يملك بالعقد؛ لأنه لو ملك بالعقد لملك التصرف، ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار؛ لأن انقضاء

---

(١) وهذا احتراز بالفسخ عن خيار القبول في إيجاب البيع، وهو إذا قال البائع: بعتك، فمات المشتري قبل القبول لم يقبل الوارث عنه، واحترز بالبيع عن فسخ النكاح بالعيب. (المجموع ٩/ ٢٢٢).

(٢) هذا هو أصح الطرق الثلاث، وهو قول أكثر الأصحاب، وأن في المسألة قولين، والأصح منهما أنه يثبت الخيار للوارث ولسيد المكاتب كخيار الشرط والرد بالعيب. (المجموع ٩/ ٢٢٣).

(٣) في المسألة أربعة أوجه، والأصح ما قطع به المصنف، وهو أن خيار الوارث يثبت ما دام في مجلس بلوغ الخبر إليه. (المجموع ٩/ ٢٢٤).

(٤) قوله: «عقد معاوضة» احترز بالمعاوضة عن الهبة، فإنها لا تملك بالعقد بل بالقبض، وعن الوصية، وقوله: «يوجب الملك» احترز عن الكتابة فإنها عقد معاوضة لكن لا توجب الملك، فإن العبد لا يملك نفسه أبداً. (المجموع ٩/ ٢٢٩).

(٥) معنى موقوف: لا ينفذ فيه حكم ملك أحدهما، ومعنى مراعى: أي منظر من قوله تعالى: ﴿لا تقولوا: راعنا﴾ [البقرة: ١٠٤]، أي أنظرنا. (النظم ١/ ٢٥٩).

الخيار لا يوجب الملك، فثبت أنه موقوف مراعى[1].

فإن كان المبيع عبداً، فأعتقه البائع، نفذ عتقه؛ لأنه إن كان باقياً على ملكه فقد صادف العتق ملكه، وإن كان قد زال ملكه عنه إلاَّ أنه يملك الفسخ، فجعل العتق فسخاً.

وإن أعتقه المشتري، لم يخل إما أن يفسخ البائع البيع، أو لا يفسخ، فإن لم يفسخ، وقلنا: إنه يملكه بنفس العقد، أو قلنا: إنه موقوف، نفذ عتقه؛ لأنه صادف ملكه[2]. وإن قلنا: إنه لا يملك بالعقد، لم يعتق؛ لأنه لم يصادف ملكه، وإن فسخ البائع، وقلنا: إنه لا يملك بالعقد، أو موقوف، لم يعتق؛ لأنه لم يصادف ملكه، وإن قلنا: إنه يملك بالعقد، ففيه وجهان، قال أبو العباس: إن كان موسراً عتق، وإن كان معسراً لم يعتق[3]؛ لأن العتق صادف ملكه، وقد تعلق به حق الغير، فأشبه عتق المرهون[4]، ومن أصحابنا من قال: لا يعتق، وهو المنصوص، لأن البائع اختار الفسخ، والمشتري اختار الإجازة بالعتق، والفسخ والإجازة إذا اجتمعا قُدِّمَ الفسخ، ولهذا لو قال المشتري: أجزت، وقال البائع بعده: فسختُ، قدم الفسخ، وبطلت الإجازة، وإن كانت سابقة للفسخ.

فإن قلنا: لا يعتق، عاد العبد إلى ملك البائع، وإن قلنا: يعتق، فهل يرجع

---

(١) يوجد ثلاث طرق في موضع الأقوال، والطريق الأصح طرد الأقوال في جميع الأحوال عند عامة الأصحاب، واختلف الأصحاب في التصحيح بينها، فالأكثر صحح أن المشترىٰ يملك بنفس العقد، وصححت طائفة التفصيل بأن الملك لصاحب الخيار، فإن كان لهما فهو موقوف، وهو ما قطع به الرافعي، وحكاه النووي، وقال: والله أعلم. (المجموع ٩/ ٢٣٠، ٢٣١).

(٢) الأصح أنه لا ينفذ العقد صيانة لحق البائع على الاتصال، وهو ظاهر النص. (المجموع ٩/ ٢٣٢).

(٣) وهذا هو الوجه الأصح. (المجموع ٩/ ٢٣٢).

(٤) وهذا يعني على أصح الأقوال الثلاثة المشهورة فيه. (المجموع ٩/ ٢٢٩).

البائع بالثمن أو القيمة؟ قال أبو العباس: يحتمل وجهين أحدهما: يرجع بالثمن، ويكون العتق مقرراً للعقد، ومبطلاً للفسخ، والثاني: أنه يرجع بالقيمة؛ لأن البيع انفسخ، وتعذر الرجوع إلى العين، فرجع إلى قيمته، كما لو اشترى عبداً بثوب وأعتق العبد، ووجد البائع بالثوب عيباً فردَّه، فإنه يرجع بقيمة العبد.

فإن باع البائع المبيع، أو وهبه صح، لأنه إما أن يكون على ملكه، فيملك العقد عليه، وإما أن يكون للمشتري إلاَّ أنه يملك الفسخ، فجعل البيع والهبة فسخاً.

وإن باع المشتري المبيع، أو وهبه، نظرتَ: فإن كان بغير رضى البائع، فإن قلنا: إنه في ملك البائع، لم يصح تصرفه، وإن قلنا: إنه في ملكه ففيه وجهان، قال أبو سعيد الإصطخري: يصح، وللبائع أن يختار الفسخ، فإذا فسخ بطل تصرف المشتري، ووجهه أن التصرف صادف ملكه الذي ثبت للغير فيه[1] حق الانتزاع، فأشبه إذا اشترى شقصاً فيه شفعة، فباعه، ومن أصحابنا من قال: لا يصح؛ لأنه باع عيناً تعلق بها حق الغير من غير رضاه، فلم يصح كما لو باع الراهن المرهون.

فأما إذا تصرف فيه برضى البائع، نظرتَ: فإن كان عتقاً نفذ، لأنهما رضيا بإمضاء البيع، وإن كان بيعاً أو هبة، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصحُّ لأنه ابتدأ بالتصرف قبل أن يتم ملكه، والثاني: يصح؛ لأن المنع من التصرف لحق البائع، وقد رضي البائع.

فصل [المبيع جارية]:

وإن كان المبيع جارية لم يمنع البائع من وطئها، لأنها باقية على ملكه في بعض الأقوال، ويملك ردها إلى ملكه في بعض الأقوال، فإذا وطئها انفسخ البيع. ولا يجوز للمشتري وطؤها؛ لأن في أحد الأقوال لا يملكها، وفي الثاني مراعى فلا

(١) أنكر بعض أهل العربية على الفقهاء وغيرهم إدخال الألف على لفظ «غير» وكذا «كل» و «بعض»، وجوزه آخرون. (المجموع ٩/ ٢٣٠).

يعلم هل يملكها أم لا؟ وفي الثالث: يملكها ملكاً غير مستقر، فإن وطئها لم يجب الحد، وإن أحبلها ثبت نسب الولد، وانعقد الولد حراً، لأنه إما أن يكون في ملك، أو شبهة ملك، وأما المهر، وقيمة الولد، وكون الجارية أم ولد، فإنه يبنى على الأقوال.

فإن أجاز البائع البيع بعد وطء المشتري، وقلنا: إن الملك للمشتري، أو موقوف: لم يلزمه المهر، ولا قيمة الولد، وتصير الجارية أم ولد؛ لأنها مملوكته، وإن قلنا: إن الملك للبائع، فعليه المهر، وقال أبو إسحاق: لا يلزمه كما لا تلزمه أجرة الخدمة، والمذهب: الأول؛ لأنه وطء في ملك البائع، ويخالف الخدمة، فإن الخدمة تستباح بالإباحة، والوطء لا يستباح، وفي قيمة الولد وجهان، أحدهما: لا تلزمه؛ لأنها وضعته في ملكه، والاعتبار بحال الوضع، ألا ترى أن قيمة الولد تعتبر حال الوضع، والثاني: تلزمه؛ لأن العلوق حصل في غير ملكه، والاعتبار بحال العلوق، لأنها حالة الإتلاف، وإنما تأخر التقويم إلى حال الوضع؛ لأنه لا يمكن تقويمه في حال العلوق، وهل تصير الجارية أم ولد؟ فيه قولان، كما قلنا فيمن أحبل جارية غيره بشبهة.

فأما إذا فسخ البيع، وعادت إلى ملكه، فإن قلنا: إن الملك للبائع، أو موقوف، وجب عليه المهر، وقيمة الولد، ولا تصير الجارية في الحال أم ولد، وهل تصير أم ولد إذا ملكها؟ فيه قولان، وإن قلنا: إن الملك للمشتري، لم يجب عليه المهر؛ لأن الوطء صادف ملكه، ومن أصحابنا من قال: يجب، لأنه لم يتم ملكه عليها، وهذا يبطل به إذا أجاز البائع البيع، وعلى قول أبي العباس تصير أم ولد، كما تعتق إذا أعتقها عنده.

وهل يرجع البائع بقيمتها أو بالثمن؟ فيه وجهان، وقد بينا ذلك في العتق، وعلى المنصوص أنها لا تصير أم ولد له؛ لأن حق البائع سابق، فلا يسقط بإحبال المشتري، فإن ملكها المشتري بعد ذلك صارت أم ولد، لأنها إنما لم تصرأم ولد له في الحال لحق البائع، فإذا ملكها صارت أم ولد.

فصل [الولادة في مدة الخيار]:

وإن اشترى جارية، فولدت في مدة الخيار، بنيْنا على أن الحمل هل له حكم في البيع؟ وفيه قولان، أحدهما: له حكم، ويقابله قسط من الثمن، وهو الصحيح؛ لأن ما أخذ قسطاً من الثمن بعد الانفصال أخذ قسطاً من الثمن قبل الانفصال كاللبن، والثاني: لا حكم له، ولا قسط له من الثمن؛ لأنه يتبعها في العتق، فلم يأخذ قسطاً من الثمن، كالأعضاء، فإن قلنا: إن له حكماً، فهو مع الأم بمنزلة العينين المبيعتين، فإن أمضى العقد كانا للمشتري، وإن فسخ العقد، كانا للبائع كالعينين المبيعتين، وإن قلنا: لا حكم له، نظرتَ: فإن أمضى العقد، وقلنا: إن الملك ينتقل بالعقد، أو موقوف، فهما للمشتري، وإن قلنا: إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار، فالولد للبائع؛ فإن فسخ العقد، وقلنا: إنه يملك بالعقد، وانقضاء الخيار، أو قلنا: إنه موقوف، فالولد للبائع، وإن قلنا: يملك بالعقد فهو للمشتري، وقال أبو إسحاق: الولد للبائع؛ لأن على هذا القول لا ينفذ عتق المشتري، وهذا خطأ؛ لأن العتق يفتقر إلى ملك تام، والنماء لا يفتقر إلى ملك تام.

فصل [التلف في مدة الخيار]:

وإن تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار، فلمن له الخيار الفسخ والإمضاء[1]؛ لأن الحاجة التي دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع، فإن فسخ وجبت القيمة[2] على المشتري، لأنه تعذر رد العين فوجب رد القيمة، وإن أمضى العقد، فإن قلنا: إنه يملك بنفس العقد أو موقوف، فقد هلك من ملكه، وإن قلنا: يملك بالعقد وانقضاء الخيار، وجب على المشتري قيمته، والله أعلم.

---

(١) إذا تلف المبيع في مدة الخيار في يد المشتري لم ينقطع الخيار، بل يبقى في الفسخ والإمضاء. (المجموع ٩/ ٢٣٧).

(٢) قوله: «وجبت القيمة»، لو قال: «وجب البدل» كان أحسن وأعم ليدخل فيه المثل فيما له مثل. (المجموع ٩/ ٢٣٧).

بـــاب
ما يجوز بيعه وما لا يجوز

الأعيان ضربان: نجس، وطاهر.

فأما النجس فعلى ضربين: نجس في نفسه، ونجس بملاقاة نجاسة.

فأما النجس في نفسه فلا يجوز بيعه، وذلك مثل الكلب، والخنزير، والخمر، والسِرْجين، وما أشبه ذلك من النجاسات، والأصل فيه ما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إنَّ اللَّهَ تعالى حرَّم بيعَ الخمرِ والميتةِ والخنْزيرِ والأصْنام»[(١)]، وروى ابن مسعود[(٢)]، وأبو هريرة أن رسول الله ﷺ «نهى عن ثمن الكلب»[(٣)]، فنص على الكلب، والخنزير، والخمر، والميتة، وقسنا عليها سائر الأعيان النجسة.

فأما اقتناؤها فينظر فيه، فإن لم يكن فيها منفعة مباحة، كالخمر، والخنزير، والميتة، والعذرة[(٤)]، لم يجز اقتناؤها، لما روى أنس قال: «سأل رجلٌ النبي ﷺ

---

(١) حديث جابر رواه ــ من حديث طويل ــ البخاري (٢/ ٧٧٩ كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام)، ومسلم (١١/ ٦ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير).

(٢) الصواب أبو مسعود، واسمه عمرو بن عمرو الأنصاري البدري، قال أكثر العلماء: لم يشهد بدراً مع رسول الله ﷺ في الغزوة المشهورة، وإنما قيل له: البدري، لأنه سكن بدراً ولم يشهدها، وقال بعض العلماء: إنه شهدها، واتفقوا أنه شهد العقبة مع السبعين، وكان أصغرهم سناً. (المجموع ٩/ ٢٤٤).

(٣) حديث أبي مسعود رواه البخاري (٢/ ٧٧٩ في البيوع، باب ثمن الكلب)، ومسلم (١٠/ ٢٣١ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي).
أما حديث أبي هريرة رواه أبو داود بإسناد حسن بلفظ حديث أبي مسعود (٢/ ٢٣٩ كتاب الإجارة، باب في حلوان الكاهن).

(٤) يكره اقتناء العذرة والميتة، وعبر المصنف أنه لا يجوز، وظاهره التحريم، وليس على ظاهره، بل هو محمول على كراهة التنزيه. (المجموع ٩/ ٢٥٣).

عن الخمرِ تُصْنَع خَلاًّ، فكرِهه، وقال: أهْرِقها»[١]، ولأن اقتناء ما لا منفعة فيه سفه، فلم يجز، فإن كان فيه منفعة مباحة، كالكلب، جاز اقتناؤه للصيد، والماشية، والزرع، لما روى سالم عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ اقتنَى كَلْباً إلاَّ كلْبَ صيدٍ أو ماشيةٍ نقصَ مِنْ أجرِه كلَ يوم قِيراطان»[٢]، وفي حديث أبـي هريرة «إلاَّ كلبَ صيدٍ أو ماشيةٍ أو زرعٍ»[٣]، ولأن الحاجة تدعو إلى الكلب في هذه المواضع، فجاز اقتناؤه، وهل يجوز اقتناؤه لحفظ الدروب؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ للخبر، والثاني: يجوز لأنه حفظ مال فأشبه الزرع والماشية[٤]، وهل يجوز لمن لا يصطاد، أن يقتنيه ليصطاد به، إذا أراد؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز للخبر[٥]، والثاني: لا يجوز؛ لأنه لا حاجة به إليه، وهل

---

(١) هذا الحديث رواه مسلم بمعناه «أن النبـي ﷺ سئل عن الخمر تتخذ خلاًّ، فقال: لا» (١٣/ ١٥٢ كتاب الأشربة، باب تحريم تخليل الخمر)، ووردت أحاديث كثيرة عند البخاري (٥/ ٢١٢١ كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر)، ومسلم في إراقة الخمر (١٣/ ١٤٨ كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر).

(٢) هذا الحديث رواه البخاري (٢/ ٨١٨ كتاب المزارعة، باب اقتناء الكلب للحرث، ٣/ ١٢٠٧ كتاب بدء الخلق، باب إذا وقع الذباب)، ومسلم (١٠/ ٢٣٩ كتاب المساقاة، باب الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه)، وسبق ١/ ٣٥٧.
وسالم هو ابن عبد الله بن عمر بن الخطاب، وفي بعض الروايات قيراط، وفي بعضها قيراطان، وقيل: يحتمل لنوعين من الكلاب أحدهما أشد ضرراً، أو لمعنى فيهما، أو يكون ذلك مختلفاً باختلاف المواضع، فيكون القيراطان في المدينة خاصة، والقيراط في غيرها، أو في القرى والبراري، أو في زمنين. (المجموع ٩/ ٢٥٢).

(٣) هذا الحديث رواه البخاري (٢/ ٨١٨ كتاب المزارعة، باب اقتناء الكلب للحرث)، ومسلم (١٠/ ٢٣٩ كتاب المساقاة، باب الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه).

(٤) هذا هو الوجه الأصح بجواز الاقتناء، وهو المنصوص في «المختصر». (المجموع ٩/ ٢٥٣).

(٥) وهذا هو الوجه الأصح بجواز اقتناء الكلب ليصطاد به إذا أراد. (المجموع ٩/ ٢٥٣).

يجوز اقتناء الجرو[1] للصيد والزرع والماشية؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه ليس فيه منفعة يحتاج إليها، والثاني: يجوز، لأنه إذا جاز اقتناؤه للصيد، جاز اقتناؤه لتعليم ذلك[2].

وأما السرجين، فإنه يكره اقتناؤه، وتربية الزرع به، لما فيه من مباشرة النجاسة.

وأما النجس بملاقاة النجاسة، فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة، فينظر فيها، فإن كان جامداً كالثوب وغيره، جاز بيعه؛ لأن البيع يتناول الثوب، وهو طاهر، وإنما جاورته النجاسة، وإن كان مائعاً نظرتَ: فإن كان مما لا يطهر، كالخل والدبس لم يجز بيعه؛ لأنه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة، فلم يجز بيعه، كالأعيان النجسة، وإن كان ماءً، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز بيعه؛ لأنه نجس لا يطهر بالغسل[3]، فلم يجز بيعه كالخمر، والثاني: يجوز بيعه؛ لأنه يطهر بالماء، فأشبه الثوب. فإن كان دهناً، فهل يطهر بالغسل؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يطهر؛ لأنه لا يمكن عصره من النجاسة[4]، فلم يطهر كالخل[5]، والثاني: يطهر، لأنه يمكن غسله بالماء، فهو كالثوب، فإن قلنا: لا يطهر، لم يجز بيعه كالخل، وإن قلنا: يطهر، ففي بيعه وجهان، كالماء

---

(١) الجِرو بكسر الجيم وفتحها، والكسر أفصح، وحكى الجوهري ضمها. (المجموع ٩/ ٢٥٢).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح بجواز اقتناء الجرو. (المجموع ٩/ ٢٥٣).

(٣) هذا هو الوجه الأصح، فلا يجوز بيع الماء النجس. (المجموع ٩/ ٢٥٥).

(٤) وهذا هو الوجه الصحيح فلا يطهر شيء من الأدهان بالغسل، وهو ظاهر نص الشافعي، ودليله حديث الفأرة تقع في السمن فلم يأمر النبي ﷺ بالغسل مع نهيه عن إضاعة المال، وفي وجه ثالث أنه يطهر الزيت ونحوه. (المجموع ٩/ ٢٥٦، ٢٥٧).

(٥) قول المصنف: «لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل» هذا تعليل غير دقيق، لأنه يقتضي أن المنع من طهارة الخل ونحوه أنه لا يدخل الماء جميع أجزائه بخلاف الثوب. (المجموع ٩/ ٢٥٥).

النجس[1]، ويجوز استعماله في السراج[2]، والأولى أن لا يفعل، لما فيه من مباشرة النجاسة.

فصل [الأعيان الطاهرة]:

وأما الأعيان الطاهرة فضربان، ضرب لا منفعة فيه، وضرب فيه منفعة.

فأما ما لا منفعة فيه: فهو كالحشرات، والسباع التي لا تصلح للاصطياد، والطيور التي لا تؤكل، ولا تصطاد، كالرخمة، والحدأة، وما لا يؤكل من الغراب، فلا يجوز بيعه؛ لأن ما لا منفعة فيه لا قيمة له، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، وبذل العوض فيه من السفه.

واختلف أصحابنا في بيع دار لا طريق لها، أو بيع بيت من دار لا طريق إليه، فمنهم من قال: لا يصح؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به، فلم يصح بيعه، ومنهم من قال: يصح؛ لأنه يمكن أن يحصل له طريق فينتفع به، فيصح بيعه[3].

وأما ما فيه منفعة: فلا يجوز بيع الحر منه، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «قال ربكم: ثلاثةٌ أنا خصمُهم يومَ القيامةِ، ومن كنتُ خصمَه خصمتُه[4]: رجلٌ أعطى بـي ثم غَدَر[5]، ورجلٌ باع حُراً فأكلَ ثمنَه، ورجلٌ

---

(١) الأصح باتفاق الأصحاب أنه لا يجوز بيعه. (المجموع ٩/ ٢٥٦).

(٢) نص الشافعي على جواز الاستصباح بالزيت النجس، وهو المذهب، وفيه طريق آخر. (المجموع ٩/ ٢٥٧).

(٣) وهذا هو الوجه الأصح بصحة البيع. (المجموع ٩/ ٢٦١).

(٤) يقال: رجل خصم، ورجلان خصم، وامرأة خصم، ونساء خصم، يستوي فيه الواحد والتثنية والجمع والمذكر والمؤنث، لأنه وصف بالمصدر، والمصدر لا يثنى ولا يجمع، وأما قوله تعالى: ﴿هذا خصمان﴾ [الحج: ١٩]، فمعناه فريقان، ومعنى «خصمته» أي فلجته وغلبته (النظم ١/ ٢٦١).

(٥) أي أعطى عهد الله وميثاقه على متابعة إمامه، والطاعة له، ومعنى «أعطى بـي» أي عاهد إنساناً بـي، والغدر ترك الوفاء، وقد غدر به فهو غادر وغدر أيضاً، وأصله من أغدرت الليلة إذا أظلمت (النظم ١/ ٢٦١، المجموع ٩/ ٢٦٢).

استأجرَ أجيراً فاستوفى منه، ولم يوفه أجره»[1].

ولا يجوز بيع أم الولد، لما روى ابن عمر رضي الله عنه، أن النبي ﷺ «نهى عن بيع أمهات الأولاد»[2]؛ ولأنه استقر لها حق الحرية، وفي بيعها إبطال ذلك، فلم يجز.

ويجوز بيع المدبَّر؛ لما روى جابر رضي الله عنه «أن رجلاً دبّر غلاماً له ليس له مال غيره، فقال رسول الله ﷺ: «من يشتريه مني، فاشتراه نُعيْم»[3].

ويجوز بيع المعتق بصفة؛ لأنه ثبت له العتق بقول السيد وحده[4]، فجاز بيعه كالمدبر.

وفي المكاتب قولان، قال في «القديم»: يجوز بيعه؛ لأن عتقه غير مستقر، فلا يمنع من البيع، وقال في «الجديد»: لا يجوز؛ لأنه كالخارج من ملكه، ولهذا لا يرجع أرش الجناية عليه إليه، فلم يملك بيعه، كما لو باعه.

---

(١) هذا الحديث رواه البخاري (٢/ ٧٧٦ كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً)، إلاَّ قوله: «ومن كنت خصمه خصمته» فهذه الزيادة رواها أبو يعلى الموصلي في مسنده بإسناد ضعيف. (المجموع ٩/ ٢٦٢).

(٢) رواه الدارمي عن ابن عباس مرفوعاً (٢/ ٧٠٨ كتاب البيوع، باب في بيع أمهات الأولاد)، ورواه ابن ماجه (٢/ ٨٤١)، وأحمد (١/ ٣١٧)، والحاكم (٢/ ١٩)، والبيهقي (١٠/ ٣٤٦)، وفيه الحسين بن عبد الله ضعيف جداً، ورجح بعض الحفاظ وقفه على عمر. (المجموع ٩/ ٢٦٣ هامش).

(٣) هذا الحديث رواه البخاري (٢/ ٧٧٧ كتاب البيوع، باب بيع المدبر)، ومسلم (٧/ ٨٣ كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس).
والراوي هو نُعيم النحال بن عبد الله، أسلم قديماً، واستشهد يوم أجنادين في خلافة أبي بكر سنة ١٣هـ، واسم الغلام المدبر يعقوب، واسم سيده أبو مذكور. (المجموع ٩/ ٢٦٥).

(٤) قوله: «ثبت العتق بقول السيد» احتراز من فعل السيد، وهو الاستيلاء، وقوله: «وحده» احتراز من المكاتب، وقوله: «المعتق بصفة» أي المعلق عتقه على صفة، ويصح بيعه باتفاق، وقاسه على المدبر لأن النص ثبت في المدبر. (المجموع ٩/ ٢٦٦).

ولا يجوز بيع الوقف[1]، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: أصاب عمر رضي الله عنه أرضاً بخيبر فأتى النبـي ﷺ يستأمرهُ فيها، فقال: «إن شئتَ حَبَسْتَ أصْلَها، وتصدقتَ بها، قال: فتصدق بها عمر صدقةً لا يُباع أصلُها ولا يُوهب، ولا يورث»[2].

فصـل [بيع الأعيان المنتفع بها]:

ويجوز بيع ما سوى ذلك من الأعيان المنتفع بها من المأكول، والمشروب، والملبوس، والمشموم، وما ينتفع به من الحيوان بالركوب، والأكل، والدرِّ، والنَّسْل، والصيد، والصوف، وما يقتنيه الناس[3] من العبيد، والجواري، والأراضي، والعقار، لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على بيعها من غير إنكار[4].

ولا فرق فيها بين ما كان في الحرم من الدور وغيره، لما رُوي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر نافع بن عبد الحارث أن يشتري داراً بمكة للسجن من صفوان بن أمية، فاشتراها بأربعة آلاف درهم[5]، ولأنه أرض حية لم يرد عليها

---

(١) يبطل بيع العين الموقوفة عند الشافعية والمالكية والحنابلة وكافة العلماء إلاَّ أبا حنيفة فقال: يجوز بيعه ما لم يحكم بصحته حاكم. (المجموع ٩/ ٢٦٧).

(٢) هذا الحديث رواه البخاري (٢/ ٩٨٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف)، ومسلم (١١/ ٨٦ كتاب الوصية، باب الوقف).

(٣) يقال: اقتنيت المال وغيره، اتخذته لغير التجارة، قال الله تعالى: ﴿وأنه هو أغنى وأقنى﴾ [النجم: ٤٨]، قال في التفسير: أعطاه قنية من المال جعلها له أصلاً ثابتاً، يقناه أي يلزمه. (النظم ١/ ٢٦٢).

(٤) ضابط ما يجوز بيعه هو: كل حيوان طاهر منتفع به في الحال أو المآل، ليس بحر ولم يتعلق به حق لازم. (المجموع ٩/ ٢٦٨).

(٥) هذا الحديث رواه البيهقي وغيره (السنن الكبرى ٤/ ٣٤، المحلى لابن حزم ٨/ ٣٣٨). ونافع صحابـي خزاعي أسلم يوم فتح مكة، وأقام بمكة، وكان من فضلاء الصحابة، واستعمله عمر على مكة والطائف. (المجموع ٩/ ٢٦٩).

صدقة مؤبدة[1]، فجاز بيعها كغير الحرم.

ويجوز بيع المصاحف[2]، وكتب الأدب، لما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه «سُئل عن بيع المصاحف، فقال: لا بأس يأخذون أجور أيديهم»[3]، ولأنه طاهر منتفع به، فهو كسائر الأموال.

واختلف أصحابنا في بيع بيض دود القز، وبيض ما لا يُؤكل لحمه من الطيور التي يجوز بيعها[4]، كالصقر، والبازي، فمنهم من قال: هو طاهر، ومنهم من قال: هو نجس، بناء على الوجهين في طهارة مني ما لا يؤكل لحمه، ونجاسته، فإن قلنا: إن ذلك طاهر جاز بيعه[5]؛ لأنه طاهر منتفع به فهو كبيض الدجاج، وإن قلنا: إنه نجس لم يجز بيعه؛ لأنه عين نجسة، فلم يجز بيعه، كالكلب، والخنزير.

---

(١) قوله: «ولأنه» عائد على البيع، وقوله: «حية» احتراز من الموات، وقوله: «مؤبدة» احتراز من العين الموقوفة. (المجموع ٩/ ٢٦٩).
وقال بجواز بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم وإجارتها ورهنها الشافعية وعمر بن الخطاب. وجماعات من الصحابة ومن بعدهم، وهو مذهب أبي يوسف، وقال الأوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة: لا يجوز بيع شيء من ذلك، أما البناء فهو مملوك بيعه بلا خلاف. (المجموع ٩/ ٢٦٩، ٢٧٣).

(٢) الصحيح أنه يجوز بيع المصاحف، لكن مع الكراهة، وهو المنصوص. (المجموع ٩/ ٢٧٤).
وأكده البيهقي (السنن الكبرى ٦/ ١٦).

(٣) أثر ابن عباس رواه البيهقي (٦/ ١٦).

(٤) قوله: «من الطيور التي يجوز بيعها» هذه زيادة من المصنف، لا تعرف للأصحاب، والصواب المعروف أنه لا فرق بين ما يؤكل لحمه كالرخمة وغيرها، وفي الجميع الوجهان، والأصح جواز بيعه. (المجموع ٩/ ٢٧٥).

(٥) وهذا هو الوجه الأصح في صحة البيع، وأن الأصح طهارتها. (المجموع ٩/ ٢٧٥، ٢٤٥).

بـــاب
ما نهي عنه من بيع الغَرَرِ وغيره

ولا يجـوز بيع المعدوم، كالثمرة التي لم تخلق، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبـي ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[(١)]، والغرر[(٢)] ما انطوى عنه أمره، وخفي عليه عاقبته، ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها في وصف أبـي بكر رضي الله عنه «فردّ نَشَرَ الإسلامِ على غره[(٣)]» أي على طيه، والمعدوم قد انطوى عنه أمره، وخفي عليه عاقبته، فلم يجز بيعه، وروى جابر رضي الله عنه أن النبـي ﷺ «نهى عن المعاومة»[(٤)] وفي بعضها «عن بيع ....

---

(١) هذا الحديث رواه مسلم (١٠/١٥٦ كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والغرر)، والبيهقي (٥/٣٣٨).

(٢) الغرور مكاسر الجلد، الواحدة غَر بالفتح، ومنه قولهم: «طويت الشمس على غَره» أي على كسره. (النظم ١/ ٢٦٢).

(٣) هذا جزء من جملة خطبة عائشة المشهورة، وقولها: «نشرَ الإسلام» بفتح النون والشين والإسلام مجرور بالإضافة، أي رد ما انتشر من الإسلام ودخله من الاختلاف وتفريق الكلمة إلى ما كان عليه في زمان النبـي ﷺ، وهو المراد من قولها: «على غره». (المجموع ٩/ ٢٨٠).

والنشر بالتحريك المنتشر، يقال: جاء القوم نَشْراً أي منتشرين، واكتسى البازي ريشاً نَشَراً طويلاً، ومعنى الحديث: أن الإسلام كان في زمن النبـي ﷺ كالثوب المطوي المصون من الأدناس والأقذار، فلما مات وارتدت الأعراب، صار كالثوب إذا انتشر وتدنس، فردّ ما انتشر من الإسلام إلى حالته التي كانت على عهد رسول الله ﷺ، يعني أمر الردة، وكفاية أبيها إياه.

وبيع الغرر ما كان له ظاهر يغر، وباطنه مجهول، ومنه قوله تعالى: ﴿متاع الغُرور﴾ [آل عمران: ١٨٥، الحديد: ٢٠]، أي يغر ظاهرها، وفي باطنها سوء العاقبة، وقيل: «بيع الغرر» ما كان على غير عهدة ولا ثقة، وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان، ومنه التغرير بالنفس في القتال إنما هو حملها على غير ثقة. (النظم ١/ ٢٦٢).

(٤) هذا الحديث رواه مسلم (١٠/١٩٦ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة) وأبو داود، وقال: حديث حسن صحيح (٢/ ٢٢٨ كتاب البيوع، باب بيع السنين).

السنين»[1].

فصل [بيع ما لا يملك]:

ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكه، لما روى حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال: «لا تبع ما ليسَ عندَك»[2]، ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه، فهو كالطير في الهواء، أو السمك في الماء.

فصل [بيع ما لم يستقر]:

ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه، كبيع الأعيان المملوكة بالبيع، والإجارة، والصداق، وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض، لما روي أن حكيم بن حزام قال يا رسول الله: «إني أبيع بيوعاً كثيرة، فما يحل لي منها مما يحرم؟ قال: لا بيع ما لم تقبضه»[3]، ولأن ملكه عليه غير مستقر، لأنه ربّما هلك، فانفسخ العقد، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز، وهل يجوز عتقه؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجوز، لما ذكرناه، والثاني: يجوز لأن العتق له سراية، فصح لقوته[4].

---

(١) هذه رواية مسلم وأبي داود (المرجعان السابقان).
وبيع السنين هو أن يبيعه غرة عام أو عامين، أو سنة أو سنتين، أو ثلاث، ويقال للنخلة إذا حملت سنة، ولم تحمل سنة قد عاومت، وسانهت، ويقال: عاملت فلاناً معاومة، ومسانهة، ومساناة، ومياومة، وملاينة، ومحاينة، ومشاتاة، ومصايفة، ومداهرة، ومزامنة. (النظم ١/ ٢٦٢).

(٢) هذا الحديث صحيح رواه أبو داود (٢/ ٢٥٤ كتاب البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده)، والترمذي (٤/ ٤٣٠ كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عنده)، والنسائي (٧/ ٢٥٤ كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧)، وأحمد (٣/ ٤٠٢، ٤٣٤)، وأسانيدهم صحيحة. (المجموع ٩/ ٢٨١).

(٣) هذا الحديث رواه البيهقي بلفظه (٥/ ٣١٣)، وقال: إسناده حسن متصل، وفي الصحيحين أحاديث بمعناه. (المجموع ٩/ ٢٨٨).

(٤) وهذا هو الوجه الأصح أنه يصح ويصير قبضاً، وهو قول جمهور الأصحاب المتقدمين. (المجموع ٩/ ٢٨٨).

فأما ما ملكه بغير معاوضة، كالميراث، والوصية، أو عاد إليه بفسخ عقد، فإنه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض؛ لأن ملكه عليه مستقر، فجاز التصرف فيه، كالمبيع بعد القبض.

وأما الديون فينظر فيها، فإن كان الملك عليها مستقراً كغرامة المتلف، وبدل القرض، جاز بيعه ممن عليه قبل القبض؛ لأن ملكه مستقر عليه، فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض، وهل يجوز من غيره؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره. كالوديعة، والثاني: لا يجوز؛ لأنه لا يقدر على تسليمه إليه؛ لأنه ربما منعه أو جحده، وذلك غرر لا حاجة به إليه فلم يجز، والأول أظهر؛ لأن الظاهر أنه يقدر على تسليمه إليه من غير منع، ولا جحود.

وإن كان الدين غير مستقر، نظرتَ: فإن كان مُسْلَماً فيه لم يجز بيعه، لما رُوي أن ابن عباس رضي الله عنه «سُئل عن رجل أسلف في حلل دقاق، فلم يجد تلك الحلَل، فقال: آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الجل، فكرهه ابن عباس، وقال: خذ برأس المال علفاً، أو غنماً»، ولأن الملك في المُسْلَم فيه غير مستقر؛ لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه، فلم يجز بيعه، كالمبيع قبل القبض.

وإن كان ثمناً في بيع، ففيه قولان، قال في «الصرف»: يجوز بيعه قبل القبض[1]، لما روى ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير، فآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، فآخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس ما لم تتفرقا، وبينكما شيء»[2]، ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك، فصار

---

(١) وهذا هو القول الأصح، وهو الجديد بالجواز. (المجموع ٩/ ٢٩٩).

(٢) هذا حديث صحيح رواه أبو داود (٢/ ٢٢٤ كتاب البيوع، باب اقتضاء الذهب من الورَق)، والترمذي (٤/ ٤٤٢ كتاب البيوع، باب الصرف)، والنسائي (٧/ ٢٤٨ كتاب البيوع، باب أخذ الورِق من الذهب)، وأحمد (٢/ ١٣٩) بأسانيد صحيحة. (المجموع ٩/ ٢٩٨).

كالمبيع بعد القبض، وروى المزني في «جامعه الكبير» أنه لا يجوز؛ لأن ملكه غير مستقر عليه؛ لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع، أو بالرد بالعيب، فلم يجز بيعه، كالمبيع قبل القبض.

وفي بيع نجوم المكاتب قبل القبض طريقان، أحدهما: أنه على قولين بناء على القولين في بيع رقبته، والثاني: أنه لا يصح ذلك قولاً واحداً، وهو المنصوص في «المختصر»؛ لأنه لا يملكه ملكاً مستقراً، فلم يصح بيعه كالمسْلَم فيه.

والقبض فيما يُنْقل النقل، لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ «نهى أن تُباع السِّلَعُ حيث تُبتاعُ، حتى يحوزَها التجارُ إلى رحالهم»[1].

وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجِداد[2] التخلية؛ لأن القبض ورد به الشرع، وأطلقه، فحمل على العرف، والعرف فيما يُنْقَل النقل، وفيما لا يُنْقل التخلية.

فصل [بيع ما لا يقدر على تسليمه]:

ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه، كالطير في الهواء، أو السمك في الماء، والجمل الشارد، والفرس العائر[3]، والعبد الآبق، والمال المغصوب في يد الغاصب، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[4]،

---

(١) هذا الحديث رواه أبو داود (٢/ ٢٥٣ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يستوفى) وإسناده صحيح، ولم يضعفه أبو داود فهو حجة عنده، وفي التجار لغتان كسر التاء مع تخفيف الجيم، وضمها مع التشديد. (المجموع ٩/ ٢٩٦، ٣٠١).

(٢) الجداد والجَذاذ بمعنى، والجذاذ بفتح الجيم وكسرها. (المجموع ٩/ ٣٠١).

(٣) عار الفرس يعير إذا ذهب على وجهه، وفي الحديث «أصابه سهم عائر» أي لا يُدرى من رماه، وفي حديث آخر «مثل المنافق مثل الشاة العائرة بين غنمين، تعير إلى هذه مرة، وإلى هذه مرة، لا تدري أيها تتبع». (النظم ١/ ٢٦٣).

(٤) هذا الحديث صحيح، وسبق بيانه ص ٣٠ هـ ١.

وهذا غرر، ولهذا قال ابن مسعود: لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر[1]، ولأن القصد بالبيع تمليك التصرف، وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه.

فإن باع طيراً في بُرْج مغلق الباب، أو السمك في برْكة لا تتصل بنَهَر، نظرتَ: فإن قدر على تناوله إذا أراد من غير تعب، جاز بيعه، وإن كان في برج عظيم، أو بِرْكة عظيمة، لا يقدر على أخذه إلَّا بتعب، لم يجز بيعه[2]؛ لأنه غير مقدر عليه في الحال.

وإن باع العبد الآبق ممن يقدر عليه، أو المغصوب من الغاصب، أو ممن يقدر على أخذه منه، جاز؛ لأنه لا غرر في بيعه منه.

فصل [بيع عين مجهولة]:

ولا يجوز بيع عين مجهولة، كبيع عبد من عبيد، وثوب من أثواب؛ لأن ذلك غرر من غير حاجة[3]، ويجوز أن يبيع قفيزاً من صبرة[4]؛ لأنه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر[5].

فصل [بيع العين الغائبة]:

ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها، أو نوعها، لحديث أبي هريرة

---

(١) أثر ابن مسعود رواه البيهقي مرفوعاً منقطعاً، ثم قال: الصحيح أنه موقوف. (السنن الكبرى ٥/ ٣٤٠).

(٢) هذا هو الوجه الأصح، وهو ظاهر النص في «المختصر» والوجه الثاني لابن سريج: يصح. (المجموع ٩/ ٣١١).

(٣) قوله: «غرر من غير حاجة» احتراز من السلم، ومن أساس الدار. (المجموع ٩/ ٣١٣).

(٤) القفيز مكيال معروف، يسع اثني عشر صاعاً، ومراد الفقهاء به التمثيل. (المجموع ٩/ ٣١٣).

(٥) هذا هو الصحيح على المذهب، وبه قطع الأكثرون، وهو المنصوص عليه، وفي وجه أنه لا يصح. (المجموع ٩/ ٣١٥).

أن النبـي ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[1]، وفي بيع ما لا يعرف جنسه، أو نوعه، غرر كبير، فإن علم الجنس والنوع، بأن قال: بعتك الثوب المروي الذي في كمي، أو العبد الزَنْجي[2]، الذي في داري، أو الفرس الأدهم الذي في اصطبلي، ففيه قولان، قال في «القديم» و «الصرف»: يصح، ويثبت له الخيار، إذا رآه، لما روى ابن أبـي مليكة، أن عثمان رضي الله عنه ابتاع مِنْ طلحة أرضاً بالمدينة، ناقله بأرض له بالكوفة، فقال عثمان: بعتك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر لي؛ لأني ابتعت مُغَيَّباً، وأنت قد رأيت ما ابتعت، فتحاكما إلى جُبَيْر بن مُطْعِم، فقضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة؛ لأنه ابتاع مُغَيَّباً[3]، ولأنه عقد على عين[4]، فجاز مع الجهل بصفته، كالنكاح، وقال في «الجديد»: لا يصح[5]، لحديث أبـي هريرة أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[6]، وفي هذا البيع غرر، ولأنه نوع بيع[7]، فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع، كالسلم.

فإذا قلنا: بقوله القديم، فهل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا؟ فيه

---

(١) هذا حديث صحيح، وسبق بيانه ص ٣٠ هـ ١.

(٢) الزَنجي بفتح الزاي، يقال زنجي وزنج، ويجوز الكسر، والفتح أفصح. (النظم ١/ ٢٦٣، المجموع ٩/ ٣١٧).

(٣) هذا الأثر رواه البيهقي بإسناد حسن (٥/ ٢٦٨).
وابن أبـي مليكة اسمه عبد الله بن عبد الله بن أبـي مليكة، واسم أبـي مليكة زهير بن عبد الله بن جُدْعان المكي، وكنيته أبو بكر، وكان قاضي مكة لعبد الله بن الزبير، ومؤذناً له. (المجموع ٩/ ٣١٧).

(٤) قوله: «عقد على عين» احتراز من السلم. (المجموع ٩/ ٣١٧).

(٥) ورد النص في ستة كتب على صحته في القديم، ونص في ستة كتب في الجديد على أنه لا يصح، وصحح الأكثرون بطلانه،، وهو الأصح وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب. (المجموع ٩/ ٣١٧).

(٦) هذا الحديث صحيح، وسبق بيانه ص ٣٠ هـ ١.

(٧) قوله: «نوع بيع» احتراز من الوصية والنكاح. (المجموع ٩/ ٣١٧).

ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا يصح، حتى تذكر جميع الصفات، كالمسلم فيه، والثاني: لا يصح، حتى تذكر الصفات المقصودة، والثالث: أنه لا يفتقر إلى ذكر شيء من الصفات، وهو المنصوص في «الصرف»؛ لأن الاعتماد على الرؤية[١]، ويثبت له الخيار إذا رآه، فلا يحتاج إلى ذكر الصفات، فإن وصفه، ثم وجده على خلاف ما وصف، ثبت له الخيار، وإن وجده على ما وصف، أو أعلى، ففيه وجهان، أحدهما: لا خيار له؛ لأنه وجده على ما وصف، فلم يكن له خيار كالمسلم فيه، والثاني: أن له الخيار؛ لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية، فلا يجوز أن يخلو من الخيار[٢]، وهل يكون له الخيار على الفور أم لا؟ فيه وجهان، قال ابن أبي هريرة: هو على الفور؛ لأنه خيار تعلق بالرؤية[٣]، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب، وقال أبو إسحاق: يتقدر الخيار بالمجلس؛ لأن العقد إنما يتم بالرؤية، فيصير كأنه عقد عند الرؤية، فيثبت له خيار كخيار المجلس[٤].

وأما إذا رأى المبيع قبل العقد، ثم غاب عنه، ثم اشتراه، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره، جاز بيعه، وقال أبو القاسم الأنماطي: لا يجوز في قوله «الجديد»؛ لأن الرؤية شرط في العقد، فاعتبر وجودها في حال العقد، كالشهادة في النكاح، والمذهب الأول؛ لأن الرؤية تراد للعلم بالمبيع، وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة[٥]، فعلى هذا إذا اشتراه، ثم وجده على الصفة الأولى، أخذه، وإن وجده ناقصاً فله الرد؛ لأنه ما التزم العقد فيه إلاَّ على تلك الصفة.

وإن اختلفا فقال البائع: لم يتغير، وقال المشتري: تغير، فالقول قول

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح فلا يفتقر إلى ذكر الصفات. (المجموع ٩/ ٣٢٠).

(٢) هذا هو الوجه الأصح بثبوت الخيار. (المجموع ٩/ ٣٢١).

(٣) قوله: «خيار تعلق بالرؤية» احتراز من الفسخ كالإعسار بالنفقة. (المجموع ٩/ ٣١٧).

(٤) وهذا هو الوجه الأصح، ويمتد الخيار ما دام مجلس الرؤية. (المجموع ٩/ ٣٢٢).

(٥) وهو القول الراجح، ويصح البيع على المذهب، قال النووي: «وشذ الأنماطي، فأبطل البيع، وهذا فاسد». (المجموع ٩/ ٣٣٤، ٣٣٥).

المشتري، لأنه يؤخذ منه الثمن، فلا يجوز من غير رضاه[1].

وإن كان مما يجوز أن يتغير، ويجوز أن لا يتغير، أو يجوز أن يبقى، ويجوز أن لا يبقى، ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يصح؛ لأنه مشكوك في بقائه على صفته، والثاني: يصح، وهو المذهب، لأن الأصل بقاؤه على صفته، فصح بيعه قياساً على ما لا يتغير[2].

فصل [بيع الأعمى وشراؤه]:

وإن باع الأعمى أو اشترى شيئاً لم يره، فإن قلنا: إن بيع ما لم يره البصير لا يصح، لم يصح بيع الأعمى وشراؤه، وإن قلنا: يصح، ففي بيع الأعمى وشرائه وجهان، أحدهما: يصح، كما يصح من البصير فيما لم يره، ويستنيب في القبض، والخيار، كما يستنيب في شرط الخيار، والثاني: لا يصح؛ لأن بيع ما لم يره يتم بالرؤية، وذلك لا يوجد في حق الأعمى، ولا يمكنه أن يوكل في الخيار، لأنه خيار ثبت بالشرع، فلا يجوز الاستنابة فيه، كخيار المجلس بخلاف خيار الشرط[3].

فصل [رؤية بعض المبيع]:

إذا رأى بعض المبيع دون بعض، نظرتَ: فإن كان مما لا يختلف أجزاؤه كالصبرة من الطعام، والجرة من الدبس[4]، جاز بيعه؛ لأنه برؤية البعض يزول غرر الجهالة، لأن الظاهر أن الباطن كالظاهر[5].

---

(١) قال السيوطي: «الأصح قول المشتري، لأن البائع يدعي الاطلاع على المبيع على هذه الصفة، والمشتري ينكر ذلك». (الأشباه والنظائر ص ٧٠)، وانظر: المجموع ٩/ ٣٣٥.

(٢) وهذا هو الوجه الأصح في صحة العقد. (المجموع ٩/ ٣٣٥).

(٣) الوجه الثاني هو الأصح، قال النووي: «والمذهب بطلان بيع الأعمى وشرائه»، ولا تصح إجارته ورهنه وهبته، وتصح ولايته في النكاح. (المجموع ٩/ ٣٣٢).

(٤) الدبس ما يذوب من الرطب والزبيب فينعقد. (النظم ١/ ٢٦٤).

(٥) انظر: المجموع ٩/ ٣٢٦.

وإن كان مما يختلف، نظرتَ: فإن كان مما يشق رؤية باقيه كالجوز في القشر الأسفل، جاز بيعه؛ لأن رؤية الباطن تشق، فسقط اعتبارها كرؤية أساس الحيطان، وإن لم تشق رؤية الباقي كالثوب المطوي، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان، كبيع ما لم ير شيئاً منه[١]، ومنهم من قال: يبطل البيع قولاً واحداً، لأن ما رآه لا خيار فيه، وما لم يره فيه الخيار، وذلك لا يجوز في عين واحدة.

فصل [بيع الشيء في قشره]:

واختلف أصحابنا في بيع الباقلا في قشريه، فقال أبو سعيد الإصطخري: يجوز لأنه يباع في جميع البلدان من غير إنكار، ومنهم من قال: لا يجوز، وهو المنصوص في «الأم»؛ لأن الحب قد يكون صغاراً، وقد يكون كباراً، وقد يكون في بيوته ما لا شيء فيه، وقد يكون فيه حب متغير، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز[٢].

واختلفوا أيضاً في بيع نافجة المسك[٣]، فقال أبو العباس: يجوز بيعها؛ لأن

---

(١) وهذا هو الطريق الأصح، وفيه قولان، الأصح صحته، وله الرد فيما لم يره، وإمساك ما رآه. (المجموع ٩/ ٣٣٤).

(٢) وهذا هو الأصح عند البغوي وآخرين، وقطع به المصنف في «التنبيه» والقول الثاني: يجوز، وادعى إمام الحرمين والغزالي أن الأصح صحته. (المجموع ٩/ ٣٣٥).

(٣) نافجة المسك هي جلدة يكون فيها المسك، وأصله دم يجتمع في بجرة، أي كيس في سرة الظبية، ثم يتقور ويسقط، وقد يبس الدم فصار كالفتات، وقد تكلم بعض الفقهاء في طهارته، وألحقه باللبن يجمع من بين فرث ودم، ولأنه دم غير مسفوح فهو كالكبد والطحال، قال المتنبي:

فإن تفق الأنام وأنت منهم ... فإن المسك بعض دم الغزال

ولا فرق بين غزلاننا وغزلان المسك في الصورة والشكل واللون والقرون، وإنما تفارقها بأنياب لها كأنياب الفيلة، لكل ظبي نابان خارجان من الفكين قائمان أبيضان نحو الشبر أو أقل أو أكثر، وقيل: إن فارة المسك دويبة شَبيهةٌ بالخشف، تكون بناحية ثبت، تصاد =

النافجة فيها صلاح للمسك؛ لأن بقاءه فيها أكثر، فجاز بيعه فيها، كالجوز في القشر الأسفل، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز، وهو ظاهر النص؛ لأنه مجهول القدر، مجهول الصفة[(١)]، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز.

واختلفوا في بيع الطلع في قشره فقال أبو إسحاق: لا يجوز بيعه؛ لأن المقصود مستور بما لا يدخر فيه، فلم يصح بيعه كالتمر في الجِراب، وقال أبو علي بن أبـي هريرة: يجوز؛ لأنه مستور بما يؤكل معه من القشر، فجاز بيعه فيه، كالقِثاء، والخيار[(٢)].

واختلف قوله في بيع الحنطة في سنبلها، فقال في «القديم»: يجوز، لما روى أنس عن النبـي ﷺ «نهى عن بيع العنب، حتى يسود، وعن بيعِ الحَبِّ حتى يشتد»[(٣)]، وقال في «الجديد»: لا يجوز؛ لأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب، ولا صفة الحب[(٤)]، وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه فلم يجز.

= لسرتها، فإذا صادها الصائد عصب سرتها بعصاب شديد وهي مدلاة، فيجتمع فيها دمها، فيذبحها، وما أكثر من يأكلها، ثم يأخذ السرة فيدفنها في الشعير حتى يستحيل الدم فيها مسكاً ذكياً بعد أن كان لا يرام نتناً. (النظم ١/ ٢٦٤).

(١) وهذا هو الوجه الأصح، فلا يصح بيعه، وفيه وجه ثالث إن كانت مفتوحة وشاهد المسك فيها ولم يتفاوت ثمنها صح البيع، وإلاَّ فلا. (المجموع ٩/ ٣٣٦).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح بجواز بيع طلع النخل مع قشره. (المجموع ٩/ ٣٣٥).

(٣) هذا الحديث رواه أبو داود (٢/ ٢٢٧ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار)، والترمذي (٤/ ٤٢٢ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة)، وابن ماجه (٢/ ٧٤٧)، والبيهقي (٥/ ٣٠١)، وأحمد (٣/ ٢٢١، ٢٥٠) بأسانيد صحيحة، وقال الترمذي: حديث حسن، وثبت في الأحاديث الصحيحة النهي عن المحاقلة، وهي بيع الحنطة في سنبلها بكيل معلوم من الحنطة. (المجموع ٩/ ٣٣٥، ٣٣٩).

(٤) وهو الأصح، فلا يصح بيعه. (المجموع ٩/ ٣٣٨).

فصل [بيع مجهول القدر]:

ولا يجوز بيع مجهول القدر، فإن قال: بعتك بعض هذه الصبرة، لم يصح البيع، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[1]، وفي بيع البعض غرر؛ لأنه يقع على القليل والكثير ولأنه نوع بيع، فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع، كالسلم.

وإن قال: بعتك هذه الصبرة، جاز، وإن لم يعرف قُفْزَانُها، وإن قال: بعتك هذه الدار، أو هذا الثوب، جاز، وإن لم يعرف ذرعانهما؛ لأن غرر الجهالة ينتفي عنهما بالمشاهدة، قال الشافعي: وأكره بيع الصبرة جُزافاً[2]، لأنه يجهل قدرها على الحقية.

وإن قال: بعتك ثلثها، أو ربعها، أو بعتك إلاّ ثلثها أو ربعها، جاز؛ لأن من عرف الشيء عرف ثلثه، وربعه، وما يبقى بعدهما.

وإن قال: بعتك هذه الصبرة إلاّ قفيزاً منها، أو هذه الدار، أو هذا الثوب إلاّ ذراعاً منه، نظرتَ: فإن علما مبلغ قفزان الصبرة، وذرعان الدار والثوب، جاز؛ لأن المبيع معلوم، وإن لم يعلما ذلك لم يجز، لما روى جابر أن النبي ﷺ «نهى عن الثُّنيا»[3] ولأن المبيع هو الباقي بعد القفيز والذراع، وذلك مجهول.

---

(١) هذا حديث صحيح، رواه مسلم، وسبق بيانه ص ٣٠ هـ ١.

(٢) الجزاف بكسر الجيم وفتحها وضمها. (المجموع ٩/ ٣٦٦).

(٣) هذا الحديث أخرجه مسلم (١٠/ ١٩٥ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة)، ورواه بإسناده الترمذي وفسره «إلاّ أن يعلم» وقال: حديث حسن صحيح (٤/ ٢٣٥ كتاب البيوع، باب المخابرة)، والنسائي، وزاد كالسابق (٧/ ٢٦٠ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثنيا حتى يعلم)، وأحمد (٣/ ٣١٣، ٣٥٦، ٣٦٤)، والزيادة حسنة لأنها مبينة لرواية مسلم. (المجموع ٩/ ٢٤١).

والثنيا في البيع أن يستثني منفعة المبيع أو شيئاً منه، وأصله من ثناه عن حاجته إذا ردّه عنها، كأنه ردّ بعض المبيع إليه، وهذا كله من الثني، وهو الرد والكف. (النظم ١/ ٢٦٥).

وإن قال: بعتك عشرة أقفزة من هذه الصبرة، جاز؛ لأنها معلومة القدر والصفة، فإن اختلفا فقال البائع: أعطيك من أسفلها، وقال المشتري: من أعلاها، فالخيار إلى البائع، فمن أي موضع أعطاه جاز؛ لأنه أعطاه من الصبرة.

وإن قال: بعتك عشرة أذرع من هذه الدار، أو عشرة أذرع من هذا الثوب، فإن كانا يعلمان مبلغ ذرعان الدار والثوب، وأنها مائة ذراع، صح البيع في عُشْرها، لأن العشرة من المائة عشرها، فلا فرق بين أن يقول: بعتك عشرها، وبين أن يقول: بعتك عشرة من مائة ذراع منها، وإن لم يعلما مبلغ ذرعان الدار والثوب، لم يصح، لأنه إن جعل البيع في عشرة أذرع مشاعة لم يعرف قدر المبيع أنه عشرها، أو ثلثها، أو سدسها.

وإن جعل البيع في عشرة أذرع من موضع بعينه، لم يعرف صفة المبيع، فإن أجزاء الثوب والدار تختلف، وقد يكون بعضها أجود من بعض.

وإن قال: بعتك عشرة أذرع ابتداؤها من هذا المكان، ولم يبين المنتهى، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأن أجزاء المبيع مختلفة، وقد ينتهي إلى موضع يخالف موضع الابتداء، والثاني: أنه يصح[1]؛ لأنه يشاهد السمت[2]، وإن بيّن الابتداء والانتهاء صح في الدار، وأما في الثوب فإنه إن كان مما لا ينقص قيمته بالقطع، فهو كالدار، وإن كان مما ينقص، لم يصح؛ لأنه شرط إدخال نقص عليه فيما لم يبع من الثوب. ومن أصحابنا من قال: يصح لأنه رضي بما يدخل عليه من الضرر.

وإن قال: بعتك هذا السمن مع الظرف كل مَنّ بدرهم[3]، نظرتَ: فإن لم

---

(١) هذا هو الوجه الأصح، وصححه الأكثرون لانتفاء الغرر. (المجموع ٩/ ٣٤٨).

(٢) السمت أي الجهة، وأصله الطريق والهيئة. (النظم ٢/ ٢٦٥).

(٣) المنا على وزن العصا، وهو رطلان بالبغدادي، وفيه لغة ضعيفة «منّ» بتشديد النون. (المجموع ٩/ ٣٥٠).

يعلما مقدار السمن والظرف لم يجز، لأن ذلك غرر؛ لأن الظرف قد يكون خفيفاً وقد يكون ثقيلاً، وإن علما وزنهما، جاز؛ لأنه لا غرر فيه.

واختلف أصحابنا في بيع النحل في الكُنْدوج، فقال أبو العباس: يجوز بيعه؛ لأنه يعرف مقداره حال دخوله وخروجه[1]، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز، وهو قول أبـي حامد الإسفراييني؛ لأنه قد يكون في الكندوج ما لا يخرج. وإن اجتمع فرخه في موضع وشوهد جميعه، جاز بيعه؛ لأنه معلوم مقدور على تسليمه فجاز بيعه.

فصل [بيع الحَمْل]:

ولا يجوز بيع الحمل في البطن، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبـي ﷺ «نهى عن المجر»[2]، والمجر: اشتراء ما في الأرحام؛ ولأنه قد يكون حملاً، وقد يكون ريحاً، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز؛ ولأنه إن كان حملاً فهو مجهول القدر مجهول الصفة، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز.

وإن باع حيواناً، وشرط أنه حامل، ففيه قولان، أحدهما: أن البيع باطل؛ لأنه مجهول الوجود، مجهول الصفة، والثاني: أنه يجوز؛ لأن الظاهر أنه موجود، والجهل به لا يؤثر؛ لأنه لا تمكن رؤيته، فعفي عن الجهل به، كأساس

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح في صحة البيع، والكندوج هو الخلية، وهو عجمي معرب. (المجموع ٩/ ٣٥٣، ٣٥٤).

(٢) هذا الحديث رواه البيهقي، ونقل أن يحيـى بن معين ضعفه (٥/ ٣٤١).
والمَجْر: ميم مفتوحة، وجيم ساكنة، وهو بيع الجنين، أي أن يباع البعير أو غيره بما في بطن الناقة، يقال: منه المجر في البيع بإسكان الجيم، وأما المجَر بالتحريك فهو عظم البطن من الحمل، ونقل ابن قتيبة أن أهل العلم باللغة يجعلون المجْر في الغنم دون الإبل، وقال الأصمعي: هو أن يشتد هزال الشاة، ويصغر جسمها، ويثقل ولدها في بطنها، وتربض فلا تقوم، ويقال: شاة ممجر، والمجْر: أن تعظم في بطن الشاة الحامل، وتهزل، يقال: شاة ممجر، وغنم مماجير، وهذا بفتح الجيم، وذاك بإسكانها. (النظم ١/ ٢٦٥).

الـدار[1].

فـصــل [بيع اللبن في الضرع]:

ولا يجوز بيع اللبن في الضرع، لما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «لا تبيعُوا الصوفَ على ظهرِ الغَنَمِ، ولا تَبيعُوا اللبنَ في الضرع»[2]، ولأنه مجهول القدر، لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن، فيظن أنه من اللبن، ولأنه مجهول الصفة؛ لأنه قد يكون اللبن صافياً، وقد يكون كدراً، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز.

فـصــل [بيع الصوف على ظهر الغنم]:

ولا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم، لقول ابن عباس[3]، ولأنه قد يموت الحيوان قبل الجز فيتنجس شعره وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز، ولأنه لا يمكن تسليمه إلاَّ باستئصاله من أصله، ولا يمكن ذلك إلاَّ بإيلام الحيوان، وهذا لا يجوز.

فـصــل [الثمن معلوم الصفة]:

ولا يجوز البيع إلاَّ بثمن معلوم الصفة، فإن باع بثمن مطلق في موضع ليس فيه نقد متعارف لم يصح البيع، لأنه عوض في البيع[4]، فلم يجز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه، فإن باع بثمن معين تعين، لأنه عوض، فتعين بالتعيين كالمبيع، فإن

---

(١) ذكر السيوطي جواز بيع الدار برؤية الظاهر دون الأس تحت قاعدة «المشقة تجلب التيسير» بسبب العسر وعموم البلوى. (الأشباه والنظائر ص ٧٨).

(٢) هذا الأثر صحيح رواه الدارقطني (٣/ ١٤)، والبيهقي (٥/ ٣٤٠)، ورروياه مرفوعاً بإسناد ضعيف، قال البيهقي: والمحفوظ أنه موقوف. (المجموع ٩/ ٣٥٨).

(٣) سبق قول ابن عباس في الفصل السابق، من هذه الصفحة، هـ ٢.

(٤) قوله: «لأنه عوض في البيع» احتراز من الثواب في الهبة على أحد القولين. (المجموع ٩/ ٣٦١).

لم يره المتعاقدان، أو أحدهما، فعلى ما ذكرناه من القولين في بيع العين التي لم يرها المتبايعان، أو أحدهما[1].

فـصـل [الثمن معلوم القدر]:

ولا يجوز إلاّ بثمن معلوم القدر، فإن باع بثمن مجهول كبيع السلعة برقمها[2]، وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته، وهما لا يعلمان ذلك، فالبيع باطل؛ لأنه عوض في البيع، فلم يجز مع الجهل بقدره، كالمسلم فيه، فإن باعه بثمن معين جزافاً، جاز لأنه معلوم بالمشاهدة، ويكره ذلك كما قلنا في بيع الصبرة جزافاً.

وإن قال: بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم، أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، وهما لا يعلمان مبلغ قفزان الصبرة، وعدد القطيع، صح البيع، لأن غرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل كما ينتفي بالعلم بالجملة، فإذا جاز بالعلم بالجملة، جاز بالعلم بالتفصيل.

وإن كان لرجل عبدان فباع أحدهما من رجل، والآخر من رجل آخر، في صفقة واحدة بثمن واحد، فإن الشافعي رحمه الله، قال: فيمن كاتب عبدين بمال واحد أنه على قولين، أحدهما: يبطل العقد؛ لأن العقد الواحد مع اثنين عقدان، فإذا لم يعلم قدر العوض في كل واحد منهما بطل، كما لو باع كل واحد منهما في صفقة بثمن مجهول، والثاني: يصح، ويقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما، فمن أصحابنا من قال: في البيع أيضاً قولان، وهو قول أبـي العباس، وقال أبو سعيد الإصطخري، وأبو إسحاق، يبطل البيع قولاً واحداً، لأن البيع يفسد

---

(١) سبق بيان القولين ص ٣٥، وأن القول الجديد لا يصح، وهو الأصح.

(٢) أي الثمن الذي هو مرقوم به عليها، والرقم الكتاب، ورقم الثوب كتابه، ومعناه أن يبيعها بما هو مكتوب فيها من الثمن، ولا يعلم به المشتري حتى ينظره بعد العقد، ومنه قوله تعالى: ﴿كتاب مرقوم﴾ [المطففين: ٩]. (النظم ١/٢٦٦، المجموع ٩/٣٦٦).

بفساد العوض، والصحيح قول أبي العباس؛ لأن الكتابة أيضاً تفسد بفساد العوض، وقد نص فيها على قولين[1].

فإن قال: بعتك بألف مثقال ذهباً وفضة، فالبيع باطل؛ لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما، فكان باطلاً.

وإن قال: بعتك بألف نقداً، أو بألفين نسيئة، فالبيع باطل؛ لأنه لم يعقد على ثمن بعينه، فهو كما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين.

فصل [الثمن مؤجل]:

وإن باع بثمن مؤجل لم يجز إلى أجل مجهول، كالبيع إلى العطاء؛ لأنه عوض في بيع[2]، فلم يجز إلى أجل مجهول كالمسلم فيه.

فصل [شرط المستقبل]:

ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل، كمجيء الشهر، وقدوم الحاج؛ لأنه بيع غرر من غير حاجة، فلم يجز.

ولا يجوز بيع المنابذة[3]، وهو أن يقول: إذا نبذت هذا الثوب، فقد وجب البيع، ولا بيع الملامسة: وهو أن يمس الثوب بيده، ولا ينشره، وإذا مسه فقد وجب البيع، لما روى أبو سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين

---

(١) في المسألة أربع طرق، وهذا هو القول الأصح في طرد القولين فيهما، وأن أصح القولين الفساد فيهما، فالبيع فيه طريقان، أصحهما قولان، وأصح القولين البطلان. (المجموع ٩/ ٣٧٠).

(٢) قوله: «لأنه عوض في بيع» احتراز من الجُعل في الجُعالة، فإنه يستحق عند فراغ العمل، وهو وقت مجهول. (المجموع ٩/ ٣٧٣).

(٣) المنابذة لها تأويلان، أحدهما أن يقول: أيَّ شيء نبذت إليَّ فقد اشتريته، أو أي ثوب نبذت إليك فقد بعتكه، والثاني: أن يقول: بعتك هذا الثوب، على أني متى نبذته إليك فقد وجب العقد، ولا خيار لك. (النظم ١/ ٢٦٦).

المنابذة والملامسة»[1]، والمنابذة: أن يقول إذا نبذت هذا الثوب، فقد وجب البيع، والملامسة: أن يمسه بيده ولا ينشره، فإذا مسه فقد وجب البيع، ولأنه إذا علق وجوب البيع على نبذ الثوب، فقد علق البيع على شرط، وذلك لا يجوز، وإذا لم ينشر الثوب، فقد باع مجهولاً، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز.

ولا يجوز بيع الحصى[2]، وهو أن يقول بعتك ما وقع عليه الحصى من ثوب، أو أرض، لما روى أن النبي ﷺ «نَهى عنْ بيعِ الحصَى»[3]، ولأنه بيع مجهول من غير حاجة، فلم يجز.

ولا يجوز بيع حَبَل الحَبَلة، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: «نهى رسولُ اللَّهِ ﷺ عن بيع حبل الحبلة»[4]. واختلف في تأويله، فقال الشافعي رحمه

(١) هذا حديث صحيح رواه البخاري (٢/ ٧٥٤ كتاب البيوع، باب بيع الملامسة)، ومسلم (١٠/ ١٥٤ كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة).
والملامسة فيها ثلاثة تأويلات، إحداهن: أن يبيعه شيئاً في الظلمة لا يشاهده، وإنما يلمسه بيده، والثاني: أن يبيعه ثوباً على أنه إذا لمسه فقد وجب البيع، والثالث: أن يطرح الثوب على المبتاع فيلمسه، فإذا لمسه فقد عقد الشراء، وزاد أبو عبيد تأويلاً رابعاً، وهو أن يلمس المتاع من وراء الثوب، ولا ينظر إليه، ثم يوقع البيع عليه، فيبطل البيع لعدم الرؤية المعتبرة في البيع. (النظم ١/ ٢٦٦).

(٢) بيع الحصاة له ثلاثة تأويلات، أحدهما: أن يقول أي ثوب رميت عليه حصاة فقد بعتكه بمائة، والثاني: أن يقول: بعتك هذا الثوب بمائة على أني متى رميت عليك حصاة فقد انقطع خيار المجلس، والثالث: أن يقول: بعتك هذه الأرض من ههنا إلى حيث ينتهي إليه حصاة ترميها، أو أرميها، وقيل: هو أن يجعل وقوع الحصاة من يده ملزماً للبيع من غير عقد، وأي ذلك كله كان لا يصح البيع، لأنه لا يخلو من الجهالة فيه بعين المبيع، أو بقدره، أو لخلو العقد عن الإيجاب والقبول. (النظم ١/ ٢٦٧).

(٣) هذا الحديث أخرجه مسلم من رواية أبـي هريرة (١٠/ ١٥٩ كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة).

(٤) هذا الحديث أخرجه البخاري (٢/ ٧٥٣ كتاب البيوع، باب بيع الغرر وحبل الحبلة)، ومسلم (١٠/ ١٥٦ كتاب البيوع، باب تحريم حبل الحبلة).

الله: هو بيع السلعة بثمن إلى أن تلد الناقة، ويلد حملها، وقال أبو عبيد: هو بيع ما يلد حمل الناقة، فإن كان على ما قال الشافعي رحمه الله: فهو بيع بثمن إلى أجل مجهول، وقد بينا أن ذلك لا يجوز، وإن كان على ما قال أبو عبيد: فهو بيع معدوم ومجهول، وذلك لا يجوز، ولا يجوز بيعتان في بيعة، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة»(١) فيحتمل أن يكون المراد به أن يقول: بعتك هذا بألف نقداً أو بألفين نسيئة، فلا يجوز للخبر؛ ولأنه لم يعقد على ثمن معلوم، ويحتمل أن يكون المراد به أن يقول بعتك هذا بألف، على أن تبيعني دارك بألف، فلا يصح للخبر؛ ولأنه شرط في عقد، وذلك لا يصح، فإذا سقط وجب أن يضاف إلى ثمن السلعة بإزاء ما سقط من الشرط، وذلك مجهول، فإذا أضيف إلى الثمن صار مجهولاً، فبطل.

فصل [مبايعة من ماله حرام]:

ولا يجوز مبايعة من يعلم أن جميع ماله حرام، لما روى أبو مسعود البدري أن النبي ﷺ «نهى عن حُلوان الكاهن(٢)، ومهر . . . .

= وحبل الحبلة بفتح الباء فيهما، والحبلة هنا جمع حابل، والحبل مختص بالآدميات، ويقال في غيرهن الحمل، قال أبو عبيد: لا يقال لشيء من الحيوان حبل غير الآدمي، إلاّ ما جاء في هذا الحديث.

وحبل الحبلة هو نتاج النتاج، فالحبَل الأول يراد به ما في بطون النوق، والحبل الآخر حبل الذي في بطون النوق، أدخلت فيها الهاء للمبالغة عند ابن الأنباري وغيره، كما يقال: سخرة ونكحة. (النظم ١/ ٢٦٧، المجموع ٩/ ٣٧٥).

(١) هذا حديث صحيح رواه أبو داود (٢/ ٢٤٦ كتاب البيوع، باب فيمن باع بيعتين في بيعة)، والبيهقي (٥/ ٣٤٣).

(٢) حلوان الكاهن هي أجرته على كهانته، يقال: حلوته فأنا أحلوه، أصله من الحلاوة شبه بالشيء الحلو، ويقال: حلوت فلاناً إذا أطعمته الحلو، كما يقال: عسلته وثمرته، والبغي هي الزانية، والبِغاء الزنا بالكسر والمد، قال تعالى: ﴿ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء﴾ [النور: ٣٣]، وقال تعالى: ﴿وما كانت أمك بغياً﴾ [مريم: ٢٨]، أي زانية. (النظم ١/ ٢٦٧).

البغي»[١]، وعن الزهري في امرأة زنت بمال عظيم، قال: لا يصلح لمولاها أكله؛ لأن النبي ﷺ «نهى عن مهرِ البغي»[٢].

فإن كان معه حلال وحرام كره مبايعته، والأخذ منه[٣]، لما روى النعمان ابن بشير، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الحلالُ بيّن، والحرامُ بيّن، وبين ذلك أمور مُشْتَبهات، وسأضرب لكم في ذلك مثلاً: أن الله تعالى حمى حمى، وإن حمى الله حرام، وأن من يرعى حول الحمى يوشك أن يخالط الحمى»[٤]، وإن بايعه، وأخذ منه جاز؛ لأن الظاهر مما في يده أنه له، فلا يحرم الأخذ منه.

ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر، والتمر ممن يعمل النبيذ، وبيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به؛ لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية، فإن باع منه صح البيع؛ لأنه قد لا يتخذ الخمر، ولا يعصي الله تعالى بالسلاح[٥].

---

(١) حديث أبي مسعود رواه البخاري (٢/ ٧٧٩ كتاب البيوع، باب ثمن الكلب)، ومسلم (١٠/ ٢٣١ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب)، وأحمد (٤/ ١١٩)، وأبو داود (٢/ ٢٣٩، ٢٥٠ كتاب الإجارة، باب حلوان الكاهن، كتاب البيوع، باب أثمان الكلاب)، والبيهقي (٦/ ٦).

(٢) هذا جزء من الحديث السابق، رواه مسلم من طريق الزهري (١٠/ ٢٣١ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب).

(٣) ذكر السيوطي جواز مبايعته لعدم تحقق التحريم، لكن يكره، وذلك في قاعدة «اليقين لا يزول بالشك». (الأشباه والنظائر ص ٧٥، ١٠٧)، وانظر تفصيل ذلك في (المجموع ٩/ ٣٧٩ وما بعدها).

(٤) حديث النعمان أخرجه البخاري (١/ ٢٨ كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه)، ومسلم (١١/ ٢٧ كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات)، والرواية المذكورة أخرجها البيهقي (٥/ ٣٣٤)، والأولى أخرجها البيهقي أيضاً (٥/ ٢٦٤).

(٥) وإن تحقق اتخاذ العنب خمراً ونبيذاً، وأنه يعصي بهذا السلاح، ففي تحريمه وجهان، أحدهما: يكره كراهة شديدة، وأصحهما: يحرم، ولكن يصح البيع على الوجهين، مع كونه مرتكباً للكراهة أو التحريم، وبيع السلاح لأهل الحرب حرام بالإجماع، ولا ينعقد =

ولا يجوز بيع المصحف، ولا العبد المسلم، من الكافر، لأنه يعرض العبد للصغار[1]، والمصحف للابتذال[2]، فإن باعه منه، ففيه قولان، أحدهما: أن البيع باطل؛ لأنه عقد منع منه لحرمة الإسلام[3]، فلم يصح كتزويج المسلمة من الكافر، والثاني: يصح؛ لأنه سبب يملك به العبد الكافر، فجاز أن يملك به العبد المسلم، كالإرث.

فإذا قلنا: بهذا، أمرناه بإزالة ملكه؛ لأن في تركه في ملكه صغاراً على الإسلام، فإن باعه أو أعتقه جاز، وإن كاتبه ففيه قولان، أحدهما: يقبل منه؛ لأن بالكتابة يصير كالخارج من ملكه في التصرفات[4]، والثاني: لا يقبل، لأنه عقده لا يزيل الملك، فلا يقبل منه، كالتزويج، والإجارة.

فإن ابتاع الكافر أباه المسلم، ففيه طريقان، أحدهما: أنه على القولين، والثاني: أنه يصح قولاً واحداً؛ لأنه يحصل له من الكمال بالحرية أكثر مما يلحقه من الصَغار بالرق[5].

فصل [بيع الجارية إلاَّ حملها]:

ولا يجوز بيع الجارية إلاَّ حملها، لأنه يتبعها في البيع، والعتق، فلا يجوز بيعها دونه، كاليد، والرجل.

= البيع على المذهب الصحيح، وبيع السلاح لأهل الذمة فيه طريقان، والجمهور على صحته. (المجموع ٩/ ٣٩١).

(١) الصغار: الذل والهوان. (النظم ١/ ٢٦٨).

(٢) الابتذال: الاستعمال وترك الصيانة والإهانة. (النظم ١/ ٢٦٨).

(٣) وهذا هو القول الصحيح ببطلان البيع، وهو ما صححه الجمهور، والخلاف في صحة البيع وبطلانه مع الاتفاق على حرمته، وكذا كتب الحديث وكتب الفقه، ويجوز أن يستأجر الكافر مسلماً على عمل في الذمة (المجموع ٩/ ٣٩٣، ٣٩٨).

(٤) وهذا هو القول الأصح باتفاق الأصحاب، وتكون الكتابة صحيحة. (المجموع ٩/ ٣٩٦).

(٥) الطريقان مشهوران، والثاني هو الأصح، ويصح الشراء قطعاً. (المجموع ٩/ ٣٩٤).

ولا يجوز أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع قبل سبع سنين، لما روى أبو سعيد الخدري أن النبـي ﷺ قال: «لا توله والدة بولدها»[1]، وقال عليه السلام: «من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[2]، وإن فرق بينهما بالبيع بطل البيع، لأنه تفريق محرم في البيع، فأفسد البيع، كالتفريق بين الجارية وحملها[3].

وهل يجوز بعد سبع سنين إلى البلوغ، فيه قولان، أحدهما: لا يجوز لعموم الأخبار، ولأنه غير بالغ، فلا يجوز التفريق بينه وبين أمه في البيع، كما لو كان له دون سبع سنين، والثاني: يجوز؛ لأنه مستغن عن حضانتها، فجاز التفريق بينهما كالبالغ[4].

بـــاب

ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده

إذا شرط في البيع شرطاً نظرتَ: فإن كان شرطاً يقتضيه البيع، كالتسليم، والرد بالعيب، وما أشبههما، لم يبطل العقد؛ لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد، فلم يبطله.

---

(١) حديث أبي سعيد رواه البيهقي من رواية أبي بكر الصديق (٨/ ٥)، وقوله: «لا توله والدة بولدها»: أي لا تجعل، والهاً، والوله ذهاب العقل والتحير من شدة الوجدة، يقال: رجل واله، وامرأة واله ووالهة، وقد وله يوله ولها وولهاناً. (النظم ١/ ٢٦٨).

(٢) هذا الحديث رواه الترمذي، وقال: حديث حسن غريب (٤/ ٥٠٤ كتاب البيوع، باب كراهية أن يفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع)، والدارمي (٢/ ٦٧٦ كتاب السير، باب النهي عن التفريق بين والدة وولدها)، وأحمد (٥/ ٤١٤)، والحاكم (٢/ ٥٥).

(٣) في صحة البيع طريقان، أحدهما: القطع ببطلانه، والطريق الثاني: فيه قولان، أصحهما وهو الجديد بطلان العقد. (المجموع ٩/ ٤٠٠).

(٤) هذا هو القول الأصح، لكنه يكره ولا يحرم، وهو الذي نص عليه في رواية المزني، والتفريق بعد البلوغ لا يحرم بلا خلاف، ولكن يكره باتفاق الأصحاب. (المجموع ٩/ ٤٠٠).

فإن شرط ما لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة، كالخيار، والأجل، والرهن، والضمين، لم يبطل العقد، لأن الشرع ورد بذلك، على ما نبينه في مواضعه إن شاء الله، وبه الثقة، ولأن الحاجة تدعو إليه، فلم يفسد العقد، فإن شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد[١]؛ لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بَريرة لتعتقها، فأراد أهلها أن يشترطوا ولاءَها، فقال رسول الله ﷺ: «اشتريها، وأعتقيها، فإنما الولاء لمن أعتق»[٢].

وإن اشتراه بشرط العتق، فامتنع من إعتاقه، ففيه وجهان، أحدهما: يجبر عليه؛ لأنه عتق مستحق عليه[٣] فإذا امتنع أجبر عليه[٤]، كما لو نذر عتق عبد، ثم امتنع من إعتاقه، والثاني: لا يجبر، بل يثبت للبائع الخيار في فسخ البيع، لأنه ملكه بالعوض، وإنما شرط للبائع حقاً، فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار، كما لو اشترى شيئاً بشرط أن يرهن بالثمن رهناً فامتنع من الرهن، فإن رضي البائع بإسقاط حقه من العتق، ففيه وجهان، أحدهما: لا يسقط؛ لأنه عتق مستحق فلا يسقط بإسقاط الآدمي، كالمنذور، والثاني: أنه يسقط؛ لأنه حق شرطه البائع لنفسه، فسقط بإسقاطه كالرهن، والضمين[٥].

(١) في المسألة ثلاثة أقوال، والصحيح المشهور المنصوص أن البيع صحيح، والشرط لازم يلزم الوفاء به، وهذا إذا شرط العتق فقط، أما لو شرطا العتق والولاء للبائع فالمذهب بطلان البيع، وبه قطع الجمهور. (المجموع ٩/ ٤٠٧).

(٢) حديث عائشة رواه البخاري (١/ ١٧٤ كتاب المساجد، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ٢/ ٧٥٦ كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء)، ومسلم (١٠/ ١٤٦ كتاب العتق، باب الولاء لمن أعتق).
وبريرة بفتح الباء هي بنت صفوان مولاة عائشة. (المجموع ٩/ ٤٠٥).

(٣) قوله: «عتق مستحق» احتراز ممن نذر عتقاً على وجه اللجاج ثم اختار كفارة اليمين بالإطعام. (المجموع ٩/ ٤٠٥).

(٤) وهذا هو الوجه الأصح، وللبائع مطالبته به، ويجبر عليه المشتري. (المجموع ٩/ ٤٠٦).

(٥) وهذا هو الوجه الراجح، ويسقط حقه على المذهب، وبه قطع الجمهور. (المجموع ٩/ ٤٠٦). =

وإن تلف العبد قبل العتق، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه ليس للبائع إلاّ الثمن؛ لأنه لم يفقد أكثر من العتق، والثاني: يأخذ الثمن وما نقص من الثمن بشرط العتق، فيقوم من غير شرط العتق، ثم يقوّم مع شرط العتق، ويجب ما بينهما من الثمن، والثالث: أنه يفسخ العقد؛ لأن البائع لم يرض بهذا الثمن وحده، والمشتري لم يلتزم أكثر من هذا الثمن، فوجب أن يفسخ العقد.

فصل [الشروط التي تنافي مقتضى العقد]:

فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع، بأن باع عبداً بشرط أن لا يبيعه، أو لا يعتقه، أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة، أو ثوباً بشرط أن يخيط له، أو فِلْعة[1] بشرط أن يحذوها له، بطل البيع[2]، لما رُوي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع وشرط»[3]، ورُوي أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية، وشرطت عليه أنك إن بعتها فهي لي بالثمن، فاستفتى عبد الله بن عمر[4] رضي الله عنهما، فقال: «لا تقربها، وفيها شرط لأحد»[5]،

(١) فِلَعَة بكسر الفاء وإسكان اللام، وهي قطعة من الجلد، والفلع الشق، فلعت الشيء فلعاً شققته، ومعنى يحذوها أي يجعلها حذاء. (النظم ١/ ٢٦٨، المجموع ٩/ ٤١٠).

(٢) بطل البيع في جميع هذه الصور وأشباهها، ولا فرق بأن يشرط شرطاً واحداً وشرطين، أما عقد النكاح فلا يفسد بالشروط الفاسدة في المذهب والمشهور (المجموع ٩/ ٤١١)، والشرط المقارن للعقد يلحقه، أما السابق للعقد فلا يلحقه (المجموع ٩/ ٤١٨)، وانظر مذاهب العلماء في الشرط (المجموع ٩/ ٤٢٠).

(٣) قال النووي: «حديث غريب». (المجموع ٩/ ٤١٠)، ورواه البيهقي بلفظ «نهى عن بيع وسلف» و «نهى عن شرطين». (السنن الكبرى ٥/ ٣٣٦، ٣٤٨)، والحاكم (المستدرك ٢/ ١٧)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ١٢.

(٤) في المطبوعة: «عبد الله بن عمر» وهو تصحيف، قال النووي: «وهو غلط فاحش». (المجموع ٩/ ٤١٠). والذي أفتاه عمر رضي الله عنه (المجموع ٩/ ٤١٠).

(٥) الأثران عن ابن مسعود صحيحان. (المجموع ٩/ ٤١٠) رواهما البيهقي (٥/ ٣٣٦)، والأثر =

ورُوي أن عبد الله اشترى جارية، واشترط خدمتها، فقال له عمر رضي الله عنه: لا تقربها، وفيها مثنوية[١]، ولأنه شرط لم يبن على التغليب، ولا هو من مقتضى العقد، ولا من مصلحته، فأفسد العقد، كما لو شرط أن لا يسلم إليه المبيع، فإن قبض المبيع لم يملكه؛ لأنه قبض في عقد فاسد، فلا يوجب الملك، كالوطء في النكاح الفاسد، فإن كان باقياً وجب رده، وإن هلك ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف[٢].

ومن أصحابنا من قال: يضمن قيمته يوم التلف؛ لأنه مأذون في إمساكه، فضمن قيمته يوم التلف، كالعارية، وليس بشيء؛ لأنه قبض مضمون في عين يجب ردها[٣]، فإذا هلكت ضمنها بأكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف، كقبض الغاصب، ويخالف العارية، فإن العارية مأذون في إتلاف منافعها، ولأن في العارية لو ردَّ العين ناقصة بالاستعمال لم يضمن، ولو ردَّ المبيع ناقصاً، ضمن النقصان.

وإن حدثت في عينها زيادة، بأن سمنت، ثم هَزُلت، ضمن ما نقص؛ لأن ما ضمن عينه ضمن نقصانه كالمغصوب.

ومن أصحابنا من قال: لا يضمن؛ لأن البائع دخل في العقد، ليأخذ بدل العين دون الزيادة، والمنصوص: هو الأول[٤]، وما قاله هذا القائل يبطل بالمنافع،

= الأول رواه الإمام مالك (الموطأ ص ٣٨١ كتاب البيوع، باب ما يفعل في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها).

(١) مثنوية: هي الاستثناء، كأنها منسوبة إلى مفعلة من الاستثناء والرجوع. (النظم ١/ ٢٦٨).

(٢) في المسألة ثلاثة أوجه، الأصح ما ذكره المصنف، وهو المذهب المنصوص. (المجموع ٩/ ٤١٣).

(٣) قوله: «لأنه قبض مضمون في عين يجب ردها» احتراز بالمضمون عن الوديعة، وبقوله: «في عين» عن المنفعة، فإنها تجب قيمتها يوم الاستيفاء لا أكثر الأمرين، وبقوله: «يجب ردها» عن المقبوضة ببيع صحيح. (المجموع ٩/ ٤١١).

(٤) قال النووي: «الصواب الأول». (المجموع ٩/ ٤١٣).

فإنه لم يدخل في العقد ليأخذ بدلها، ثم تستحق، فإن كان لمثله أجرة لزمه الأجرة للمدة التي أقام في يده؛ لأنه مضمون عليه غير مأذون في الانتفاع به[1]، فضمن أجرته كالمغصوب.

فإن كانت جارية فوطئها، لم يلزمه الحد؛ لأنه وطء بشبهة؛ لأنه اعتقد أنها ملكه، ويجب عليه المهر؛ لأنه وطء بشبهة، فوجب به المهر، كالوطء في النكاح الفاسد.

وإن كانت بكراً وجب عليه أرش البكارة؛ لأن البكارة جزء من أجزائها، وأجزاؤها مضمونة عليه، فكذلك البكارة.

وإن أتت منه بولد، فهو حر؛ لأنه اعتقد أنها جاريته، ويلزمه قيمة الولد؛ لأنه أتلف عليه رقه باعتقاده، ويقوَّم بعد الانفصال، لأنه لا يمكن تقويمه قبل الانفصال، ولأنه يضمن قيمة الولد للحيلولة، وذلك لا يحصل إلاَّ بعد الانفصال.

فإن ألقت الولد ميتاً، لم يضمنه؛ لأنه لا قيمة له قبل الانفصال، ولا توجد الحيلولة إلاَّ بعد الانفصال، فإن ماتت الجارية من الولادة لزمه قيمتها؛ لأنها هلكت بسبب من جهته، ولا تصير الجارية أم ولد في الحال؛ لأنها علقت منه في غير ملكه، وهل تصير أم ولد إذا ملكها؟ فيه قولان[2].

بـــاب
تفريق الصفقة[3]

إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه، وبين ما لا يجوز بيعه كالحر والعبد،

(١) وهذا احتراز من العارية. (المجموع ٩/ ٤١١).

(٢) الأصح أنها لا تصير أم ولد. (المجموع ٩/ ٤١٥).

(٣) سميت الصفقة صفقة لأن المتبايعين يضرب كل واحد منهما يده في يد صاحبه، يقال: صفقت له البيع والبيعة صفقاً، أي ضربت يدي على يده، وكان ذلك من بيوع الجاهلية يجعلونه عقداً، والشرط في البيع هو العلامة، ومنه قوله تعالى: ﴿فقد جاء أشراطها﴾ [محمد: ١٨] أي علاماتها، كأنه جعل ذلك علامة يعرف بها. (النظم ١/ ٢٦٩).

وعبده وعبد غيره، ففيه قولان، أحدهما: تُفرّق الصفقة، فيبطل البيع، فيما لا يجوز، ويصح فيما يجوز؛ لأنه ليس إبطاله فيهما، لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما، لصحته في أحدهما، فبطل حمل أحدهما على الآخر، وبقيا على حكمهما، فصح فيما يجوز[١]، وبطل فيما لا يجوز، والقول الثاني: أن الصفقة لا تفرق، فيبطل العقد فيهما، واختلف أصحابنا في علته، فمنهم من قال: يبطل؛ لأن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم، كما لو جمع بين أختين في النكاح، أو باع درهماً بدرهمين.

ومنهم من قال: يبطل لجهالة الثمن، وذلك أنه إذا باع حراً وعبداً بألف، سقط ما يخص الحر من الثمن، فيصير العبد مبيعاً بما بقي، وذلك مجهول في حال العقد، فبطل، كما لو قال بعتك هذا العبد بحصته من ألف درهم، فإن قلنا بالتعليل الأول بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة كالعبدين، وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء، كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره، أو كُرَّين[٢] من طعام أحدهما له، والآخر لغيره، وكذلك لو جمع بين ما يجوز، وبين ما لا يجوز في الرهن، أو الهبة، أو النكاح، بطل في الجميع؛ لأنه جمع بين الحلال والحرام. وإن قلنا: إن العلة جهالة العوض، لم يبطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء؛ لأن العوض غير مجهول، ولا يبطل الرهن، والهبة؛ لأنه لا عوض فيه، ولا يبطل النكاح؛ لأن الجهل بالعوض لا يبطله، فإن قلنا: إن العقد يبطل فيهما رُدّ المبيع، واسترجع الثمن.

وإن قلنا: إنه يصح في أحدهما، فله الخيار بين فسخ البيع، وبين إمضائه، لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة، فثبت له الخيار.

---

(١) وهذا هو القول الأصح، فيصح فيما يكون قابلاً للبيع دون الآخر. (المجموع ٩/ ٤٢٧، ٤٢٩).

(٢) الكر: هو ستون قفيزاً، والقفيز: اثنا عشر صاعاً. (النظم ١/ ٢٦٩).

فإن اختار الإمساك، فبكم يمسك فيه قولان، أحدهما: يمسك بجميع الثمن، أو يردّ؛ لأن ما لا يقابل العقد لا ثمن له، فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر، والثاني: أنه يمسكه بقسطه، لأنه لم يبذل جميع العوض إلاَّ في مقابلتهما، فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما[1].

واختلف أصحابنا في موضع القولين، فمنهم من قال: القولان فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة، فأما ما يتقسط العوض عليه بالأجزاء، فإنه يمسك الباقي بقسطه من الثمن قولاً واحداً؛ لأن فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص الجائز، مجهول، فدعت الضرورة إلى أن يجعل جميع الثمن في مقابلته، ليصير معلوماً، وفيما يتقسط الثمن عليه بالأجزاء ما يخص الجائز معلوم، فلا حاجة بنا إلى أن نجعل جميع الثمن في مقابلته، ومنهم من قال: القولان في الجميع، وهو الصحيح؛ لأنه نص على القولين في بيع الثمرة قبل أن تخرج الزكاة، والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء[2]. فإن قلنا: يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار، لأنه لا ضرر عليه، وإن قلنا يمسك بحصته، فهل للبائع الخيار؟ فيه وجهان، أحدهما: أن له الخيار؛ لأنه تبعضت عليه الصفقة، فيثبت له الخيار كما يثبت للمشتري، والثاني: لا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة؛ لأن الحر لا يؤخذ منه بثمن[3]. وإن باع مجهولاً ومعلوماً فإن قلنا: لا نفرق الصفقة بطل العقد فيهما، وإن قلنا: تفرق، وقلنا إن يمسك الجائز بحصته، بطل البيع فيه، لأن الذي يخصه مجهول[4]، وإن قلنا يمسكه بجميع الثمن: صح العقد فيه.

وإن جمع بين حلالين، ثم تلف أحدهما قبل القبض، بطل البيع فيه، وهل

---

(١) وهذا هو القول الأصح أنه يمسك بالقسط. (المجموع ٩/ ٤٣٠)

(٢) والأصح طرد القولين في الحال. (المجموع ٩/ ٤٣٠).

(٣) وهذا هو الوجه الأصح، ولا يثبت الخيار، وإن كان عالماً بالحال فلا خيار له قطعاً بالاتفاق. (المجموع ٩/ ٤٣٠).

(٤) الأصح أنه يلزمه القسط، ولا يصح لتعذر التقسيط. (المجموع ٩/ ٤٣٢).

يبطل في الباقي؟ فيه طريقان، أحدهما: أنه على القولين في تفريق الصفقة؛ لأن ما يحدث من الهلاك قبل القبض كالموجود في حال العقد في إبطال العقد، فوجب أن يكون كالموجود في حال العقد فيما ذكرناه، والثاني: لا يبطل إلاَّ فيما تلف؛ لأن في الجمع بين الحلال والحرام إنما بطل للجهل بالعوض، أو للجمع بين الحلال والحرام في العقد، ولا يوجد ههنا واحد منهما، فعلى هذا يصح العقد في الباقي، وللمشتري الخيار في فسخ العقد؛ لأنه تفرقت عليه الصفقة، فإن أمضاه أخذ الباقي بقسطه من الثمن قولاً واحداً؛ لأن العوض ههنا قابل المبيعين فانقسم عليهما فلا يتغير بالهلاك.

فصل [عقدان بعوض واحد]:

وإن جمع بين بيع وإجارة، أو بين بيع وصرف[1]، أو بين عبدين بشرط الخيار في أحدهما دون الآخر، بعوض واحد، ففيه قولان، أحدهما: أنه يبطل العقدان؛ لأن أحكام العقدين متضادة، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فبطل الجميع، والثاني: أنه يصح العقدان[2]، وينقسم العوض عليهما على قدر قيمتها؛ لأنه ليس فيه أكثر من اختلاف حكم العقدين، وهذا لا يمنع صحة العقد، كما لو جمع في البيع بين ما فيه شفعة، وبين ما لا شفعة فيه.

وإن جمع بين البيع والنكاح بعوض واحد، فالنكاح لا يبطل؛ لأنه لا يبطل بفساد العوض، وفي البيع قولان[3]، ووجههما ما ذكرناه.

(١) سمي الصرف صرفاً لصرفه عن حكم أكثر أحكام البيع، وقيل: لصرف المسامحة عنه في الزيادة في الجنس والتأخير، وقيل: لأن الشرع أوجب على كل واحد منهما مصارفة صاحبه، ولا يزيد في الجنس الواحد شيئاً، ولا يؤخره. (النظم ١/ ٢٧٠).

(٢) وهذا هو القول الأصح في صحة العقد فيهما، ويقسط العوض عليهما بالقيمة، وله صور كثيرة. (المجموع ٩/ ٤٣٨).

(٣) وأصح القولين الصحة، ويوزع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل، وإلاَّ وجب في النكاح مهر المثل. (المجموع ٩/ ٤٣٩).

وإن جمع بين البيع والكتابة، فإن قلنا في البيع والإجارة: إنهما يبطلان بطل البيع والكتابة، وإن قلنا: إن البيع والإجارة يصحان، بطل البيع ههنا[١]؛ لأنه لا يجوز أن يبيع السيد من عبده، وهل تبطل الكتابة؟ يبنى على تفريق الصفقة[٢]؛ فإن قلنا: لا تفرق، بطل، وإن قلنا: تفرق، بطل البيع، وصحت الكتابة.

باب
الربا

الرِّبا[٣] محرم[٤]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأَحَلَّ اللَّهُ البيْعَ وحَرَّم الرِّبا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿الذينَ يأكلونَ الرِّبا لا يَقُومُون إلاَّ كما يقُومُ الذي يتخبَّطهُ الشيطانُ مِنَ المَسِّ[٥]﴾ [البقرة: ٢٧٥]، رُوي في التفسير: حين يقوم من قبره[٦]، وروى ابن مسعود رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله ﷺ آكلَ الربا،

(١) يبطل البيع ههنا للتفريع على المذهب المشهور أن البيع يفسد بالشرط الفاسد. (المجموع ٩/ ٤٣٩).

(٢) والأصح صحة الكتابة. (المجموع ٩/ ٤٣٩).

(٣) أصل الربا الزيادة، وربا الشيء يربو ازداد، قال الله تعالى: ﴿فلا يربو عند الله﴾ [الروم: ٣٩]، أي لا يزيد، والربا مقصور، وهو من باب ربا يربو فيكتب بالألف. (المجموع ٩/ ٤٤١).

(٤) أجمع المسلمون على تحريم الربا، وأنه من الكبائر، وقيل: إنه كان محرماً في جميع الشرائع. (المجموع ٩/ ٤٤٢).

(٥) أي يقوم كما يقوم المجنون إذا صرع فيسقط، والخُبْط بالضم الجنون وليس به، والمس: الجنون، يقال: به مس، وقد مُسَّ، فهو ممسوس. (النظم ١/ ٢٧٠).

(٦) قال الطبري: «لا يقومون في الآخرة من قبورهم»، ونقل عن ابن عباس أنه قال: «ذلك حين يبعث من قبره»، وعن قتادة «وتلك علامة أهل الربا يوم القيامة». (تفسير الطبري ٣/ ١٠١، ١٠٢)، ويأكلون الربا أي يتعاملون به بيعاً وشراء، وخص الأكل بالذكر لأنه معظم المقصود، والتخبط الضرب على غير الاستواء، ويقال للرجل الذي يتصرف تصرفاً رديئاً ولا يهتدي فيه: هو يخبط خبط عشواء، وهي الناقة الضعيفة البصر، فمعنى الآية أن =

وموكِلَه، وشاهدَه، وكاتبَه»[1].

فـصـل [الأعيان الربوية]:

والأعيان التي نص على تحريم الربا فيها: الذهب، والفضة، والبر، والشعير، والتمر، والملح، والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ: «ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والتمر بالتمر، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والملح بالملح، إلاَّ سواءً بسواءٍ، عيناً بعين، فمن زادَ أو استزاد فقد أَرْبـى»[2].

فأما الذهب والفضة، فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة، وهو أنهما من جنس الأثمان، فيحرم الربا فيهما، ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات، والدليل عليه أنه لا يجوز أن يكون تحريم الربا لمعنى يتعداهما إلى غيرهما من الأموال؛ لأنه لو كان لمعنى يتعداهما إلى غيرهما لم يجز إسْلاَمهما فيما سواهما من الأموال؛ لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر، كالذهب والفضة، والحنطة، والشعير، فلما جاز إسلام الذهب والفضة في الموزونات والمكيلات وغيرهما من الأموال دلّ على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما، وهو أنه من جنس الأثمان.

= الشيطان يصيبه بالجنون حين يقوم من قبره فيبعث مجنوناً، فيعرف أهل الموقف أنه من أكلة الربا. (المجموع ٩/ ٤٤١، ٤٤٢).

(١) حديث ابن مسعود صحيح رواه أبو داود (٢/ ٢١٩ كتاب البيوع، باب آكل الربا وموكله)، والترمذي وقال: حسن صحيح (٤/ ٣٩٦ كتاب البيوع، باب أكل الربا)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٤)، وأحمد (١/ ٤٠٢)، والبيهقي (٥/ ٢٧٥، ٢٨٥) بأسانيد صحيحة (المجموع ٩/ ٤٤٢)، وفي رواية أبـي داود «وشاهده» بالإفراد كالمهذب، وفي الترمذي «وشاهديه» بالتثنية، ورواه مسلم من رواية جابر (١١/ ٢٦ كتاب البيوع، باب الربا)، ولفظه «وشاهديه».

(٢) حديث عبادة رواه مسلم (١١/ ١٢ كتاب البيوع، باب الربا).

فأما الأعيان الأربعة[1] ففيها قولان، قال في «الجديد»: العلة فيها أنها مطعومة[2] والدليل عليه ما روى معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: «الطعام بالطعام، مثلاً بمثل»[3]، والطعام اسم لكل ما يتطعم، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وطعامُ الذينَ أوتُوا الكتابَ حلٌّ لكم، وطعامكم حلٌّ لهم﴾ [المائدة: ٥]، وأراد به الذبائح، وقالت عائشة رضي الله عنها: «مكثنا مع نبينا ﷺ سنة ما لنا طعام إلاَّ الأسودان: الماء والتمر»[4]. وقال لبيد[5]:

لمعَفَّـر قَهْـد ينـازع شلـوه ... غَبْس كواسب ما يمن طَعامها[6]

---

(١) كان الأصل أن يقول الأعيان الأربع لكنه أراد بالأعيان الأجناس فأثبت الهاء. (المجموع ٩/ ٤٤٩).

(٢) والقول القديم: العلة المطعوم الذي يكال أو يوزن، وهو ضعيف جداً، والأصح الجديد أنه الطعم والتفريع عليه. (المجموع ٩/ ٤٥٠، ٤٥١).

(٣) هذا الحديث رواه مسلم (١١/ ٢٠ كتاب البيوع، باب الربا)، وأحمد (٦/ ٤٠٠).

(٤) حديث عائشة رواه ابن ماجه (٢/ ١٣٨٨ كتاب الزهد، باب معيشة آل محمد ﷺ)، وأحمد (٦/ ٧١)، وقولها: «الأسودان» هو من باب التغليب، فإن الماء ليس بأسود، كالأبوين والقمرين والعمرين. (المجموع ٩/ ٤٤٩).
والأسود هو التمر دون الماء، فنعتا بنعت واحد، ويفعل ذلك في الشيئين يصطحبان فيسميان معاً باسم الأشهر منهما. (النظم ١/ ٢٧٠).

(٥) لبيد: هو أبو عقيل ــ بفتح العين ــ لبيد بن ربيعة بن مالك العامري الصحابي الشاعر المشهور، كان من فحول شعراء الجاهلية، ثم أسلم وحسن إسلامه، وكان من المعمرين عاش ١٥٤ سنة، وتوفي في خلافة عثمان، وقيل غير ذلك. (المجموع ٩/ ٤٥٠).

(٦) المُعفّر ولد الظبية، مأخوذ من قولهم: لقيت فلاناً عن عُفر بالضم، أي بعد شهر ونحوه، لأن الوحشية إذا أرادت فطام ولدها تمنعه ثم ترضعه بين اليوم واليومين تبلو بذلك صبره، وهو ما أراده لبيد، وقيل: أراد العفر، وهو التراب، وعفره تعفيراً أي مرَّغه بالتشديد، وعفره يعفره عفراً بالتخفيف، والقهد مثل القهب، وهو الأبيض الكدر، ينازع: يجاذب، وأصله من مجاذبة المتنازعين الدلو، فاستعمل في كل شيء يتجاذب، والشلو: العضو من أعضاء اللحم، وأشلاء الإنسان أعضاؤه، والغَبَس محركة لغة في الغَبْش (وهو ما جاء في المطبوعة)، والغَبْس ذئاب ألوانها غبس، أقام الصفة مقام الموصوف، والغَبَس بالتحريك =

وأراد به الفريسة، والحكم إذا علق على اسم مشتق كان ذلك علة فيه، كالقطع في السرقة، والحد في الزنا، ولأن الحب ما دام مطعوماً يحرم فيه الربا، فإذا زرع وخرج عن أن يكون مطعوماً لم يحرم فيه الربا، فإذا انعقد الحب، وصار مطعوماً حَرُم فيه الربا، فدل على أن العلة فيه كونه مطعوماً.

فعلى هذا يحرم الربا في كل ما يطعم من الأقوات، والإدام، والحلاوات، والفواكه، والأدوية، وفي الماء وجهان، أحدهما: يحرم فيه الربا؛ لأنه مطعوم فهو كغيره[1]، والثاني: لا يحرم فيه الربا؛ لأنه مباح في الأصل، غير متموّل[2] في العادة، فلا يحرم فيه الربا.

وفي الأدهان المطيبة وجهان، أحدهما: لا ربا فيها؛ لأنها تعد للانتفاع برائحتها دون الأكل، والثاني: أنه يحرم فيها الربا، وهو الصحيح[3] لأنه مأكول، وإنما لا يؤكل لأنه ينتفع به فيما هو أكثر من الأكل.

= لون كلون الرماد، وهو بياض فيه كدرة، يقال: ذئب أغبس، والجمع غُبس، كواسب، جمع كاسب، والكسب طلب الرزق، وأصله الجمع، يقال: كسبت واكتسبت، والكواسب الجوارح، ما يمن: أي ما يقطع، من قوله تعالى: ﴿أجر غير ممنون﴾ [التين: ٦]، أي غير مقطوع، وقيل معناه: أنه إذا أخذ حاجته من فريسته طرح باقيها إلى سواه من السباع ولم يمن عليها، ولم يدخره، ولم يمنعه، وقيل ما يمن طعامها: أي ليس لأحد عليها منة، بل تكتسب طعامها بالقهر والغلبة، ولا تطعم كما يطعم الكلب والسنور. (النظم ١/ ٢٧١، المجموع ٩/ ٤٤٩).

(١) وهذا هو الوجه الأصح والمشهور، وهو أنه يحرم الربا بالماء، وهو تصحيح الجمهور إذا قلنا بالمذهب إنه مملوك يصح بيعه. (المجموع ٩/ ٤٥١).

(٢) يقال تمول الرجل، ومال يمول مولاً، إذا صار ذا مال، وموّله غيره، ومعناه: لا يتخذ مالاً، ولا يعد مالاً، ويسمى المال مالاً، لأنه يميل من هذا إلى ذاك، ومن ذاك إلى هذا. (النظم ١/ ٢٧١).
وقوله: «لأنه مباح الأصل» احتراز مما يتأثر كالزروع والثمار، وما يلقى من الأطعمة رغبة عنه، وقوله: «غير متمول في العادة» احتراز من الصيد. (المجموع ٩/ ٤٥٠).

(٣) وهو الوجه الأصح عند الأصحاب أن الأدهان المطيبة أموال ربوية. (المجموع ٩/ ٤٥١).

وفي البزر ودهن السمك[١] وجهان، أحدهما: لا ربا فيه؛ لأنه يعد للاستصباح[٢]، والثاني: أنه يحرم الربا؛ لأنه مأكول فأشبه الشيرج[٣].

وقال في «القديم»: العلة فيها أنها مطعومة مكيلة، أو مطعومة موزونة، والدليل عليه أن النبي ﷺ قال: «الطعام بالطعام، مثلاً بمثل»[٤]، والمماثلة لا تكون إلاَّ بالكيل أو الوزن، فدل على أنه لا يحرم إلاَّ في مطعوم يكال أو يوزن، فعلى هذا لا يحرم الربا فيما لا يكال، ولا يوزن من الأطعمة، كالرمان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما أشبهها.

فصل [الأموال غير الربوية]:

وما سوى الذهب والفضة، والمأكول والمشروب، لا يحرم فيها الربا، فيجوز بيع بعضها ببعض، متفاضلاً، ونسيئة، ويجوز فيها التفرق قبل التقابض، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: «أمرني رسولُ الله ﷺ أنْ أجهزَ جيشاً فنفدت الإبل فأمرني أن آخذ على قِلاص[٥] الصدقة، فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة»[٦] وعن عليّ كرَّم الله وجهه «أنه باع جملاً إلى أجل بعشرين

---

(١) البزر هو بزر الكتان وغيره، وهو حبّه، يقال: دهن البزر، والبُزر بالضم، والكسر أفصح. (النظم ١/ ٢٧١).

(٢) وهو الوجه الأصح، وأنه ليس بربوي. (المجموع ٩/ ٤٥٢).

(٣) الشيرَج: دهن السمسم، أي الجلجلان، وهو السليط، ولا يسمى غيره سليطاً، وزيت الفَجل هو الذي يطلق عليه في اليمن اسم البقل. (النظم ١/ ٢٧١).

(٤) هذا الحديث سبق بيانه ص ٦٠ هـ ٣.

(٥) قلاص جمع قلوص، وهي من الإبل الفتية الشابة بمنزلة الجارية من النساء، ويجمع على قلص وقلائص، وقلاص جمع الجمع. (النظم ١/ ٢٧١، المجموع ٩/ ٤٥٥).

(٦) هذا الحديث رواه أبو داود (٢/ ٢٢٤ كتاب البيوع، باب الحيوان بالحيوان نسيئة والرخصة في ذلك).
قال النووي: رواه أبو داود وسكت عنه، فيقتضي أنه حسن عنده، وإن كان في إسناده نظر، لكن قال البيهقي له شاهد فذكره بإسناده الصحيح (٥/ ٢٨٧)، ورواه أيضاً الدارقطني (٣/ ٦٩). =

بعيراً»[1] وباع ابن عباس رضي الله عنه بعيراً بأربعة أبعرة، واشترى ابن عمر رضي الله عنه راحلة بأربع رواحل، ورواحله بالربذة[2] واشترى رافع بن خديج رضي الله عنه بعيراً ببعيرين، فأعطاه أحدهما، وقال: آتيك بالآخر غداً[3].

ولا يجوز بيع نسيئة بنسيئة[4]، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبـي ﷺ «نهى عن بيع الكَالِىء بالكالِىء»[5]. قال أبو عبيدة: هو النسيئة بالنسيئة.

= وجاء في «المهذب»: «من قلاص» أما رواية أبـي داود والبيهقي وغيرهما «في قلاص» ومعناهما السلف على إبل الصدقة إلى أجل معلوم. (المجموع ٩/ ٤٥٥).

(١) أثر علي رواه مالك (الموطأ ص ٤٠٤ كتاب البيوع، باب بيع الحيوان بعضه ببعض)، والشافعي (بدائع المنن ٢/ ١٨٤).
والبعير من الإبل بمنزلة الإنسان، يقع على الذكر والأنثى. (النظم ١/ ٢٧١).

(٢) أثر ابن عمر رواه مالك (الموطأ ص ٤٠٥ كتاب البيوع، باب بيع الحيوان بعضه ببعض)، والشافعي (بدائع السنن ٢/ ١٨٤)، وذكره البخاري تعليقاً (٢/ ٧٧٦ كتاب البيوع، باب بيع العبيد والحيوان بالحيوان نسيئة).
والرَبَذة بالتحريك مسكن أبـي ذر رضي الله عنه على ثلاثة أميال من المدينة. (النظم ١/ ٢٧١، المجموع ٩/ ٤٥٥).

(٣) أثر رافع صحيح ذكره البخاري تعليقاً في صحيحه (٢/ ٧٧٦ كتاب البيوع، باب بيع العبيد والحيوان بالحيوان نسيئة).

(٤) صورته أن يقول: بعني ثوباً في ذمتي بصفته كذا إلى شهر كذا بدينار مؤجل إلى وقت كذا، فيقول: قبلت، وهذا فاسد بلا خلاف. (المجموع ٩/ ٤٥٥).

(٥) حديث ابن عمر رواه البيهقي (٥/ ٢٩٠)، والدارقطني (٣/ ٧١). قال النووي: «إسناده ضعيف». (المجموع ٩/ ٤٥٥).
والكالىء: هو النسيئة بالنسيئة، وهي أن يشتري الرجل شيئاً بثمن مؤجل، فإذا حل الأجل، لم يجد ما يقضي به، فيقول: بعه مني إلى أجل بزيادة شيء فيبيعه منه غير مقبوض، ويحتمل أن يشتري منه شيئاً موصوفاً في الذمة يسلمه إلى أجل بثمن مؤجل، يقال: كلأ الدين كلوءاً فهو كالىء إذا تأخر، ومنه «بلغ الله بك أكلأ العمر» أي أطوله، والنَّسَاء والنسيئة هو التأخير، مثل النُسأة بالضم، ومنه الحديث «أنسأ الله في أجله» أي أخره، وقوله تعالى: ﴿إنما النسيء زيادة في الكفر﴾ [التوبة: ٣٧]. (النظم ١/ ٢٧١).

فـصــل [التفاضل والنساء]:

فأما ما يحرم فيه الربا، فينظر فيه، فإن باعه بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء، والتفرق قبل التقابض، لما روى عبادة بن الصامت أن النبـي ﷺ قال: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والتمر بالتمر، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»(١)، فإن باعه بغير جنسه نظرتَ: فإن كان مما يحرم الربا فيهما لعلة واحدة، كالذهب، والفضة، والشعير، والحنطة، جاز فيه التفاضل، وحرم فيه النساء، والتفرق قبل التقابض، لقوله ﷺ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

فإن تبايعا وتخايرا في المجلس قبل التقابض بطل البيع، لأن التخاير كالتفرق. ولو تفرقا قبل التقابض بطل العقد، فكذلك إذا تخايرا.

وإن تبايعا دراهم بدنانير في الذمة، وتقابضا، ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً، نظرتَ: فإن لم يتفرقا جـاز أن يرد، ويطالب بالبدل؛ لأن المعقود عليه ما في الذمة، وقد قبض قبل التفرق، وإن تفرقا ففيه قولان، أحدهما: يجوز إبداله(٢)؛ لأن ما جاز إبداله قبل التفرق، جاز بعده كالمسلم فيه، والثاني:

---

(١) حديث عبادة رواه مسلم (١١/ ١٤ كتاب البيوع، باب الربا)، والترمذي (٤/ ٤٣٨ كتاب البيوع، باب الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل).
وقوله: «يداً بيد» له تأويلان، أحدهما أن يعطيه البائع المبيع بيد، ويتناول الثمن باليد الأخرى، والثاني أن يقبضه في المجلس قبل التفرق. (النظم ١/ ٢٧٢).
وفي هذا الفصل انتهى شرح الإمام النووي في «المجموع» على «المهذب» فأدركته المنية سنة ٦٧٦هـ، وأكمل السبكي مسائل هذا الفصل، وشرحها بما يزيد عن مائة صفحة.
ومن هنا تبدأ تعليقات تقي الدين السبكي حتى نهاية الجزء الثاني عشر من «المجموع».

(٢) هذا هو القول الأصح، وأن له الاستبدال بعد التفرق، ويرده ويأخذ بدله في المجلس، ورجحه الأكثرون. (المجموع ١٠/ ١١، ١١٦).

لا يجوز، وهو قول المزني؛ لأنه إذا أبدله صار القبض بعد التفرق، وذلك لا يجوز.

وإن كان مما يحرم فيهما الربا[١] بعلتين كبيع الحنطة بالذهب، والشعير بالفضة، حل فيه التفاضل والنساء، والتفرق قبل التقابض، لإجماع الأمة على جواز إسلام الذهب والفضة في المكيلات المطعومة.

فـصـل [ضم الأجناس باسم واحد]:

وكل شيئين اتفقا في الاسم الخاص من أصل الخلقة، كالتمر البرني والتمر المعقلي[٢]، فهما جنس واحد، وكل شيئين اختلفا في الاسم من أصل الخلقة، كالحنطة، والشعير، والتمر، والزبيب، فهما جنسان[٣]، والدليل عليه أن النبي ﷺ ذكر ستة أشياء، وحرم فيها التفاضل[٤]، إذا باع كل شيء منها بما وافقه في الاسم، وأباح فيه التفاضل إذا باعه بما خالفه في الاسم، فدل على أن كل شيئين اتفقا في الاسم فهما جنس، وإذا اختلفا في الاسم فهما جنسان.

وما اتُخذ من أموال الربا كالدقيق والخبز والعصير والدهن تعتبر بأصولها، فإن كانت الأصول أجناساً، فهي أجناس، وإن كانت الأصول جنساً واحداً فهي جنس واحد.

---

(١) الضمير في «كان» عائد على جنس ما اشتملت عليه الصفقة من الجانبين، وهو ما يحرم فيه الربا الذي هو قدر مشترك بينهما. (المجموع ١٠/ ١٥٣).

(٢) البرني: منسوب إلى موضع بالبحرين يسمى برن، والبرني ضرب من التمر أصفر مدور، وهو أجود أنواع التمر، وقيل إنه فارسي.
والمعقلي: منسوب إلى معقل بن يسار من الصحابة رضي الله عنهم، ونهر معقل بالبصرة معروف، والتمر الهندي معروف. (النظم ١/ ٢٧١، المجموع ١٠/ ١٦٠).

(٣) هذا ضابط في تحديد الجنس، وهو أصل عظيم ينبني عليه مسائل، وأخذه المصنف من كلام الشافعي والأصحاب. (المجموع ١٠/ ١٥٦).

(٤) وذلك في حديث عبادة بن الصامت الصحيح الذي مر ذكره في الفصل السابق.

فعلى هذا دقيق الحنطة ودقيق الشعير جنسان، وخبز الحنطة وخبز الشعير جنسان، ودهن الجوز ودهن اللوز جنسان.

واختلف قوله في زيت الزيتون وزيت الفجل، فقال في أحد القولين: هما جنس واحد، لأنه جمعهما اسم الزيت، والثاني: أنهما جنسان، وهو الصحيح[(١)]، لأنهما يختلفان في الطعم واللون، فكانا جنسين كالتمر الهندي والتمر البرني، ولأنهما فرعان لجنسين مختلفين، فكانا جنسين كدهن الجوز ودهن اللوز.

واختلف قوله في اللحمان، فقال في أحد القولين: هي أجناس، وهو قول المزني، وهو الصحيح[(٢)]، لأنها فروع لأصول هي أجناس، فكانت أجناساً، كالأدقة[(٣)]، والأدهان، والثاني: أنها جنس واحد؛ لأنها تشترك في الاسم الخاص في أول دخولها في تحريم الربا، فكانت جنساً واحداً كالتمور، وتخالف الأدقة والأدهان، لأن أصولها أجناس يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً، فاعتبر فروعها بها، واللحمان لا يحرم الربا في أصولها، فاعتبرت بنفسها.

فإن قلنا: إن اللحم جنس واحد، لم يجز بيع لحم شيء من الحيوان بلحم غيره متفاضلاً، وهل يدخل لحم السمك في ذلك؟ فيه وجهان، قال أبو إسحاق: يدخل فيها، فلا يجوز بيعه بلحم شيء من الحيوان متفاضلاً، لأن اسم اللحم يقع عليه[(٤)]، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿لِتَأْكُلُوا منه لَحْماً طَرِياً﴾، ومن أصحابنا: من قال: لا يدخل فيه لحم السمك، وهو المذهب[(٥)]؛ لأنه لا يدخل في إطلاق اسم اللحم، ولهذا لو حلف لا يأكل اللحم، لم يحنث بأكل لحم السمك.

---

(١) وهذا هو القول الأشهر والأصح، وأنهما جنسان. (المجموع ١٠/١٦٨).

(٢) وهذا هو القول الراجح، وأن اللحم أجناس، ونسبه الماوردي إلى الجديد، وهو مقتضى كلام الأصحاب. (المجموع ١٠/ ١٧٠، ١٧١).

(٣) الأدقة جمع دقيق. (المجموع ١٠/١٥٦هـ).

(٤) وهو الوجه الأصح، وأن السمك جنس من سائر اللحوم بناء على القول المرجوح أن اللحم جنس واحد. (المجموع ١٠/ ١٧١).

(٥) وهذا هو الوجه الأصح. (المجموع ١٠/ ١٧٢)، والآية من سورة النحل/ ١٤.

فإن قلنا: إن اللحوم أجناس، جاز بيع لحم كل جنس من الحيوان بلحم جنس آخر متفاضلاً[1]، نيجوز بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلاً، ولحم بقر الوحش بلحم بقر الأهل؛ لأنهما جنسان[2]، ولا يجوز بيع لحم الضأن بلحم المعز، ولا لحم البقر بلحم الجواميس متفاضلاً؛ لأنهما نوعان من جنس واحد.

فصل [ضم اللحم لغيره]:

واللحم الأحمر واللحم الأبيض جنس واحد، لأن الجميع لحم[3]، واللحم والشحم جنسان، واللحم والإلية جنسان، والشحم والإلية جنسان، واللحم والكبد جنسان، والكبد والطحال جنسان، واللحم والكلية جنسان؛ لأنها مختلفة الاسم والخلقة.

فأما الألبان، ففيها طريقان، من أصحابنا: من قال: هي كاللحمان، وفيها قولان، ومنهم من قال: الألبان أجناس قولاً واحداً[4]؛ لأنها تتولد من الحيوان، والحيوان أجناس، فكذلك الألبان، واللحمان لا تتولد من الحيوان، والصحيح أنهما كاللحمان[5].

(١) قال الشافعي والأصحاب: إذا قلنا: اللحوم أجناس، فباع جنساً بجنس آخر جاز البيع سواء كانا رطبين أم يابسين، أم رطباً ويابساً، وزناً وجزافاً، متفاضلاً ومتماثلاً إذا كان نقداً يداً بيد، كالقمح والشعير. (المجموع ١٠/ ١٨٣).

(٢) إنما جعل بقر الوحش مخالفاً للبقر الأهلي، لأنه لا يفهم من لفظ البقر عند الإطلاق. (المجموع ١٠/ ١٨٢).

(٣) لا أثر للاختلاف في هذا الوصف، أما أعضاء الحيوان كالكرش والكبد والطحال والقلب والرئة ففيها طريقان، الأشهر أنها أجناس مختلفة لاختلاف أسمائها وصفاتها.

(٤) هذا هو القول الأصح، ونص عليه الشافعي في «الأم» و «المختصر» وأن الألبان كاللحمين. (المجموع ١٠/ ١٩١).

(٥) هكذا وردت في المطبوعة والمجموع، واللُحِمْان بكسر اللام وضمها جمع اللَحْم واللحَم (المصباح المنير ٢/ ٧٥٥).

فصل [التساوي في الكيل والوزن]:

وما حرم فيه التفاضل، لا يجوز بيع بعضه ببعض، حتى يتساويا في الكيل فيما يكال، والوزن فيما يوزن، لما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب، تبرُه وعينُه[١]، وزناً بوزن، والفضة بالفضة، تبرُها وعينها، وزناً بوزن، والملح بالملح، والتمر بالتمر، والبر بالبر، والشعير بالشعير، كيلاً بكيل، فمن زاد أو أزاد فقد أربى»[٢].

فإن باع صُبْرة طعام بصُبْرة طعام[٣]، وهما لا يعلمان كيلهما[٤] لم يصح

---

(١) يقال للقطعة: تبرة ما لم تطبع، فإذا طبع سمي عيناً، من عين الشيء أي خالصه، وقيل: التبر ما كان من الذهب غير مضروب، فإذا ضرب فهو عين، ولا يقال: تبر إلاَّ للذهب، وبعضهم يقوله للفضة أيضاً، وقيل: التبر كسارة الذهب والفضة مما يخرج من المعادن كلها، مأخوذة من تبرت الشيء إذا كسرته، أو من التبار وهو الهلاك، وهو قريب من الأول، والذهب مؤنثة، فيقال: ذهب حمراء، وقيل: بتذكيرها، وقوله: «عينه» أي ذاته، وهو من الأسماء المشتركة. (النظم ١/ ٢٧٣، المجموع ١٠/ ١٩٣).

(٢) حديث عبادة أصله في صحيح مسلم، ومرَّ بيانه ص ٥٩ هـ ٢، وهذا اللفظ أخرجه النسائي في «السنن الكبرى» وسنده صحيح، ولم يخرجه أحد من الأئمة الستة غيره. (المجموع ١٠/ ١٩٣)، ورواه البيهقي أيضاً من غير طريق النسائي. (السنن للبيهقي ٥/ ٢٧٧).
وأخرجه النسائي في «المجتبى = السنن الصغرى» بهذا اللفظ إلاَّ قوله في آخره: «كيلاً بكيل» فإن موضعها عنده «سواء بسواء مثلاً بمثل». (سنن النسائي ٧/ ٢٤٣ كتاب البيوع، باب بيع الشعير بالشعير).

(٣) قوله: «صبرة طعام بصبرة طعام» أي من جنسه، وحذف ذلك لأن الكلام في بيع الجنس الواحد بعضه ببعض فأغنى عن التقييد، وكثيراً ما يطلق الطعام على القمح خاصة. (المجموع ١٠/ ١٩٩).

(٤) قوله: «وهما لا يعلمان» أي أن كلاً منهما لا يعلمه، ولا فرق في الحكم بين أن لا يعلما، وأن يعلم أحدهما دون الآخر، وأفرد ضمير «كيلها» لأنه يعود على الصبرة المعينة، وعلى الصبرة التي هي ثمن، والحكم شامل لهما، ولا فرق بين أن يُجهل كلتا الصبرتين، أو إحداهما، كما نص عليه الشافعي رحمه الله والأصحاب. (المجموع ١٠/ ١٩٩).

البيع، لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تُباع الصُّبْرةُ مِنَ الطعامِ بالصُّبْرةِ من الطعام»[1].

وإن باع صبرة طعام بصبرة طعام، صاعاً بصاع، فخرجتا متساويتين، صح البيع، وإن خرجتا متفاضلتين، فيه قولان، أحدهما: أنه باطل؛ لأنه بيع طعام بطعام متفاضلاً، والثاني: أنه يصح فيما تساويا فيه؛ لأنه شرط التساوي في الكيل، ومن نقصت صبرته فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع، وبين أن يمضيه بمقدار صبرته؛ لأنه دخل على أن يسلم له جميع الصبرة، ولم يسلم له، فثبت له الخيار[2].

وإن باع صبرة طعام بصبرة شعير كيلاً بكيل، فخرجتا متساوتين، جاز، وإن خرجتا متفاضلتين فإن رضي صاحب الصبرة الزائدة بتسليم الزيادة، أقر العقد، ووجب على الآخر قبوله؛ لأنه ملك الجميع بالعقد، وإن رضي صاحب الصبرة الناقصة بقدر صبرته من الصبرة الزائدة، أقر العقد، وإن تشاحا فسخ البيع؛ لأن كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه على التساوي في المقدار، وقد تعذر ذلك، ففسخ العقد[3].

فصل [مكيال الحجاز ووزنه]:

ويعتبر التساوي فيما يكال ويوزن، بكيل الحجاز ووزنه، لما روي أن

---

(١) رواه بهذا اللفظ النسائي (٧/ ٢٣٧ كتاب البيوع، باب بيع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام) وسنده على شرط مسلم بلفظ آخر (١٠/ ١٧٢ كتاب ،البيوع، باب تحريم بيع صُبْرة التمر المجهولة القدر بتمر)، وذكره الحاكم (٢/ ٣٨)، وقال على شرط مسلم ولم يخرجاه، ولعله غفل عنه أو سقط من نسخته. (المجموع ١٠/ ١٩٥).

(٢) القول الأول هو الأصح، ونص عليه الشافعي في «الأم» وقال: «البيع مفسوخ، وبهذا أقول، والقول الذي حكيت ضعيف وليس بقياس»، والخيار فيما نقص مما لا ربا فيه، فالربويات لا يطرد فيها تفريق الصفقة. (المجموع ١٠/ ٢٠١، ٢٠٢).

(٣) لأن فيه فوات الشرط، فيثبت لهما الخيار، فلما تمانعا فسخ البيع بينهما. (المجموع ١٠/ ٢١٠، ٢١١).

النبـي ﷺ قال: «المكيال مكيالُ أهل المدينةِ والميزانُ ميزانُ أهل مكة»[1].

وإن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن[2]، نظرتَ: فإن كان مما لا يمكن كيله اعتبر التساوي فيه بالوزن؛ لأنه لا يمكن غيره، وإن كان مما يمكن كيله، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يعتبر بأشبه الأشياء به في الحجاز، فإن كان مكيلاً لم يجز بيعه إلاَّ كيلاً، وإن كان موزوناً لم يجز بيعه إلاَّ موزوناً؛ لأن الأصل فيه الكيل والوزن بالحجاز، فإذا لم يكن له في الحجاز أصل في الكيل والوزن اعتبر بأشبه الأشياء به، والثاني: أنه يعتبر بالبلد الذي فيه البيع؛ لأنه أقرب إليه[3].

وإن كان مما لا يكال ولا يوزن[4]، وقلنا: بقوله الجديد أنه يحرم فيه الربا، وجوزنا بيع بعضه ببعض نظرتَ: فإن كان مما لا يمكن كَيله كالبقل والقثاء والبطيخ

(١) هذا الحديث رواه أبو داود (٢/ ٢٢٠ كتاب البيوع، باب المكيال مكيال المدينة)، والنسائي (٧/ ٢٥٠ كتاب البيوع، باب الرجحان في الوزن) من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.
وقوله: «الوزن وزن أهل مكة» يريد الذهب والفضة خصوصاً دون سائر الأوزان، وهو الوزن الذي تعلق به الزكاة في النقود، وهي دراهم الإسلام المعدلة منها العشرة بسبعة مثاقيل، لأن الدراهم مختلفة الأوزان في بعض البلدان والأماكن. (المجموع ١٠/ ٢١٤، ٢١٥، ٢١٧).
والمكيال مكيال أهل المدينة فإنما هو الصاع الذي يتعلق به وجوب الكفارات وإخراج زكاة الفطر، وللناس صيعان مختلفة، وليس المراد أنه لا يكال إلاَّ بكيل المدينة، ولا يوزن إلاَّ بوزن مكة، والمراد أن المرجع في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً إلى هذين البلدين، وذلك في زمان النبـي ﷺ. (المرجع السابق).

(٢) أي مما يجري فيه الربا قولاً واحداً قديماً وجديداً. (المجموع ١٠/ ٢٢١).

(٣) هذا الوجه هو الأرجح، وقال عنه الرافعي: إنه الأشبه، وقال الغزالي: إنه الأفقه، وجزم به الماوردي. (المجموع ١٠/ ٢٢٤).
والمعتبر عرف بلد البيع كما نص عليه المصنف، وأيده الرافعي، ورجحه، وفي وجه آخر يعتبر عرف أهل الوقت في غالب البلاد، وفي المسألة أوجه أخر. (المجموع ١٠/ ٢٢٥).

(٤) أي إن كان المبيع مطعوماً. (المجموع ١٠/ ٢٢٨).

وما أشبهها[1]، بيع وزناً، وإن كان مما يمكن كيله، ففيه وجهان: أحدُهما: لا يباع إلاَّ كيلاً؛ لأن الأصل هو الأعيان الأربعة المنصوص عليها، وهي مكيلة فوجب رده إلى الأصل، والثاني: أنه لا يباع إلاَّ وزناً؛ لأن الوزن أحصر[2].

فصـل [بيع الربوي ببعضه]:

وما حرم فيه الربا، لا يجوز بيع بعضه ببعض، ومع أحد العوضين جنس آخر يخالفه في القيمة، كبيع ثوب ودرهم بدرهمين، ومد عجوة[3] ودرهم بدرهمين.

ولا يباع نوعان من جنس بنوع[4]، كدينار قاساني ودينار سابوري[5]،

---

(١) سبق للمصنف أن ذكر الخلاف في وقع الربا في هذه الأشياء، وأنه يقع على المذهب الجديد، وهو الراجح، والتفريع عليه، ولا يجري فيه الربا على المذهب القديم لعدم التقدير بالكيل أو الوزن الذي هو جزء العلة في القديم.
وسيعود المصنف إلى التفصيل فيما لا يدخر من الفواكه بعد فصلين، والتفريع عليه، إن قلنا لا يجوز بعضه ببعض لا تأتي المسألة، وإن قلنا بالجواز فيأتي الحكم هنا عليه. (المجموع ١٠/ ٢٢٨، ٢٢٩).

(٢) هذا هو الوجه الأصح أنه يباع وزناً لأنه أحصر في حصول حقيقة المساواة، وهذا فيما لا قشر له، أما الجوز والبيض فلا يجوز بيعه وزناً وجهاً واحداً. (المجموع ١٠/ ٢٢٩).

(٣) العجوة ضرب من أجود التمر بالمدينة، ونخلتها تسمى لينة (النظم ١/ ٢٧٣، المجموع ١٠/ ٢٦٤).

(٤) النوع الضرب من الشيء، والنوع أخص من الجنس، والمراد بالنوع اختلاف أنواع التمر وشبهه، والمراد بالصفة الجودة والرداءة، والصغر والكبر، وعد الصحة والتكسير في الوصف أقرب من عدها في النوع، والأمر في ذلك قريب، لأن الحكم متحد، والمذهب المشهور المنع في الجميع. (المجموع ١٠/ ٢٦٤).

(٥) قاساني نسبة إلى قاسان أو قاشان، وهي بلدة عند قِمْ، وأهلها شيعة، وينسب إليها عدد من العلماء، والسابوري نسبة إلى ثلاثة أشياء، الأول نسبة إلى سابور بلدة بفارس، وهي حد نيسابور، والثاني نسبة إلى جد اسمه سابور، والثالث نسبة إلى ملك من ملوك العجم وهو سابور، والمشهور بذي الأكتاف، وهو الذي ينتهي إليه آخر ملوك الفرس. (المجموع ١٠/ ٢٦٥).

بقاسانيين أو سابوريين، أو دينار صحيح ودينار قراضة[١] بدينارين صحيحين، أو دينارين قراضة، والدليل عليه ما روى فُضالة بن عبيد قال: «أتى رجل إلى رسول الله ﷺ بقلادة فيها خرز مغلفة[٢] بذهب، فابتاعها رجل بسبعة دنانير، أو تسعة دنانير، فقال عليه السلام: لا حتى تميز بينه، وبينه، قال: إنما أردت الحجارة، فقال: لا حتى تميز بينهما»[٣].

ولأن الصفقة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة، انقسم الثمن عليهما، والدليل عليه أنه إذا باع سيفاً وشقصاً بألف قُوِّم السيف والشقص، وقسم الألف عليهما على قدر قيمتها، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن على قدر قيمته، وأمسك المشتري السيف بحصته من الثمن على قدر قيمته.

وإذا قسم الثمن على قدر القيمة أدى إلى الربا؛ لأنه إذا باع ديناراً صحيحاً قيمته عشرون درهماً، وديناراً قراضة[٤]، قيمته عشرة بدينارين، وقسم الثمن

---

(١) القراضة فعالة من القرض، وهو القطع، لأنها تقرض أي تقطع كالنخالة والبراية. (النظم ١/ ٢٧٣).

(٢) مغلفة: يروى بالعين المهملة والقاف، وبالغين المعجمة والفاء، والأول معناها لها عري من ذهب تعلق بها، والثاني: معناه مغشاة أي مغطاة، والغلاف الغطاء. (النظم ١/ ٢٧٣).

(٣) حديث فضالة رواه أبو داود بسند صحيح (٢/ ٢٢٣ كتاب البيوع، باب حلية السيف تباع بالدراهم)، ورواه بغير هذا اللفظ مسلم (١٠/ ١٧ كتاب البيوع، باب الربا)، وأبو داود (٢/ ٢٢٤ كتاب البيوع، باب حلية السيف)، والترمذي، وقال: حسن صحيح (٤/ ٤٦٥ كتاب البيوع، باب شراء القلادة وفيها ذهب وخرز)، والنسائي (٧/ ٢٤٥ كتاب البيوع، باب القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب).

وفضالة تولى القضاء بدمشق بعد موت أبي الدرداء بوصية منه لمعاوية، شهد أحداً والخندق، وبقية المشاهد وبايع تحت الشجرة، ومات بدمشق سنة ٥٣هـ على الأصح. (المجموع ١٠/ ٢٣٤).

(٤) القراضة: القطع، تقرض من الدينار للمعاملة في صغار الحوائج، أو هي تنقص عن الصحاح. (المجموع ١٠/ ٢٦٦).

عليهما على قدر قيمتهما، صارت القراضة مبيعة بثلث الدينارين، والصحيح بالثلثين وذلك ربا.

فـصـل [الخالصة والمشوبة]:

ولا يباع خالصه بمَشُوبه[1]، كحنطة خالصة بحنطة فيها شعير، أو زُؤان[2]، وفضة خالصة بفضة مغشوشة، وعسل مصفى بعسل فيه شمع[3]، لأن أحدهما يفضل على الآخر.

ولا يباع مشوبه بمشوبه، كحنطة فيها شعير أو زؤان، بحنطة فيها شعير أو زؤان، وفضة مغشوشة بفضة مغشوشة، أو عسل فيه شمع بعسل فيه شمع؛ لأنه لا يعلم التماثل بين الحنطتين، وبين الفضتين وبين العسلين[4].

ويجوز أن يباع طعام بطعام، وفيه قليل تراب، لأن التراب يحصل في سفوف الطعام، ولا يظهر في الكيل[5]، فإن باع موزوناً بموزون من جنسه من أموال الربا، وفيه قليل تراب، لم يجز؛ لأن ذلك يظهر في الوزن، ويمنع من التماثل.

---

(١) المشوب: المخلوط، والشوب: الخلط، شاب اللبن بالماء إذا خلطه. (النظم ١/ ٢٧٤).

(٢) الزُوان: بضم الزاي والهمز، نبات يخالط البر في نباته، له حب دقاق، فيها طول، ولعله الذي يسمى باليمن: الخندرة والذرب، وقيل: هو حب أصفر حاد الطرفين، وقيل: هو دقيق الطرفين غليظ الوسط أسود، ويقال زِوان وزُوان بالضم والكسر من غير همز، والخالص الذي لا يخالطه غيره، والمشوب ما خالطه غيره، وهو المغشوش. (النظم ١/ ٢٧٤).

(٣) الشمع: قال الفراء: الشَمَع بالتحريك هذا كلام العرب، والمولدون يقولون شمْع، بالتسكين. (النظم ١/ ٢٧٤).

(٤) المسائل الثلاث مشتركة في علة واحدة، وهي الجهل بالمماثلة إن لم يعلم مقدار الغش، وقد يعلم الغش، لكن تتحقق المفاضلة، أو تجهل المماثلة. (المجموع ١٠/ ٢٧٩).

(٥) زاد بعضهم على العلة المذكورة أن ذلك قل أن ينفك عنه الطعام فتسومح به، لكن العبرة أنه لا يؤثر في المكيال.
والقاعدة أن الربوي لا يباع بجنسه فيهما أو في أحدهما ما يأخذ حظاً من المكيال. (المجموع ١٠/ ٢٧٠).

فصل [بيع الرطب باليابس]:

ولا يباع رطبه بيابسه على الأرض[1]، لما روى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه «أن النبي ﷺ سُئل عن بيع الرطب بالتمر؟ فقال: أينقص الرطب إذا يبس؟ فقيل له: نعم قال: فلا إذاً»[2]. فنهى عن بيع الرطب بالتمر، وجعل العلة فيه أنه ينقص عن يابسه، فدل على أن كل رطب لا يجوز بيعه بيابسه[3].

وأما بيع رطبه برطبه، فينظر فيه. فإن كان ذلك مما يدخر يابسه كالرطب والعنب، لم يجز بيع رطبه برطبه[4]، وقال المزني: يجوز، لأن معظم منافعه في

---

(١) قوله: «على الأرض» حال من رطبه، أي لا يباع رطبه حال كونه على الأرض بيابسه، ومعلوم أن اليابس على الأرض، ويجوز أن يكون حالاً منهما جميعاً، والعبارة احتراز عن بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر على الأرض، فلا خلاف في أنه ممتنع إلاّ العرايا. (المجموع ١٠/٢٩٨).

(٢) حديث سعد رواه أبو داود (٢/ ٢٢٥ كتاب البيوع، باب التمر بالتمر)، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح (٤/٤١٨ كتاب البيوع، باب عن المحاقلة والمزابنة)، والنسائي (٧/ ١٣٦ كتاب البيوع، باب شراء التمر بالرطب)، وابن ماجه (٢/ ٧٦١ كتاب التجارات، باب بيع الرطب بالتمر)، ومالك (الموطأ ص ٣٨٦ كتاب البيوع، باب ما يكره من بيع التمر)، والبيهقي (٥/ ٢٩٤) وغيرهم.
قال السبكي: «حديث سعد هذا أصل عظيم يجب الاعتناء به» وقد وردت أحاديث حسنة وصحيحة وغير ذلك تشهد لرواية هذا الحديث. (المجموع ١٠/ ٢٨٦، ٢٨٨).

(٣) قال السبكي: «وقد اتفق جمهور العلماء على مقتضى هذا الحديث، وأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وقد اتفق الأصحاب مع الشافعي رحمه الله على ذلك». (المجموع ١٠/ ٢٩٤).
ومستنده القياس وعموم العلة فيعم الحكم لعموم علته، وقوله: «رطبه بيابسه» يشمل الرطب والبسر والبلح والخلال فلا يجوز أن يباع شيء منها بالتمر، وكذلك العنب والحصرم إذا بيع بالزبيب، والجوز واللوز رطبها بيابسها، وكذلك البندق والفول والمشمش والتين الرطب باليابس. (المجموع ١٠/ ٢٩٩).

(٤) وهذا هو الراجح، واتفق عليه جمهور الأصحاب غير المزني والروياني. (المجموع ١٠/ ٣٠٢).

حال رطوبته، فجاز بيع بعضه ببعض كاللبن، والدليل على أنه لا يجوز أنه لا يعلم التماثل بينهما في حال الكمال والادخار، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر، كالتمر بالتمر جزافاً، ويخالف اللبن فإن كماله في حال رطوبته؛ لأنه يصلح لكل ما يراد به، والكمال في الرطب والعنب في حال يبوسته لأنه يعمل منه كل ما يراد منه، ويصلح للبقاء والادخار.

وإن كان مما لا يدخر يابسه، كسائر الفواكه، ففيه قولان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه جنس فيه ربا، فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب[1]، والثاني: أنه يجوز؛ لأن معظم منافعه في حال رطوبته، فجاز بيع رطبه برطبه كاللبن.

وفي الرطب الذي لا يجيء منه التمر، والعنب الذي لا يجيء منه الزبيب، طريقان، أحدهما: أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض؛ لأن الغالب منه أنه يدخر يابسه، وما لا يدخر منه نادر، فألحق بالغالب[2]، والثاني: وهو قول أبي العباس، أنه على قولين؛ لأن معظم منفعته في حال رطوبته، فكان على قولين كسائر الفواكه.

وفي بيع اللحم الطري باللحم الطري[3] طريقان، أحدهما: وهو المنصوص، أنه لا يجوز؛ لأنه يدخر يابسه، فلم يجز بيع رطبه برطبه، كالرطب

---

(١) وهذا هو القول الصحيح من المذهب، فإن كان من المكيلات أو الموزونات التي فيها الربا فيحرم قولاً واحداً، وإن كان من غيرها فيحرم على الجديد، وهذا في بيع الرطب من هذه الأشياء بالرطب، أما لو باع رطباً بيابس فلا يجوز قولاً واحداً. (المجموع ١٠/ ٣١٠، ٣١٢، ٣١٣).

(٢) وهذا هو الراجح فلا يجوز بيع بعضه ببعض قولاً واحداً، وهو المنصوص في «الأم» صريحاً، وعلى حكاية القولين فالمنع هو المشهور، وكثير من الأصحاب لم يفرقوا بين ما لا يدخر يابسه، والرطب الذي لا يجيء معه تمر. (المجموع ١٠/٣١٦، ٣١٧).

(٣) صورة المسألة في بيع اللحم بلحم من جنسه على القول بأن اللحوم أجناس، وهو الصحيح، أو اللحم باللحم مطلقاً على القول الآخر، والراجح في المسألة الطريق الأول، وهو المنصوص في «الأم» أنه لا يجوز، وهو الصحيح. (المجموع ١٠/ ٣٢٢).

والعنب، والثاني: وهو قول أبـي العباس، أنه على قولين؛ لأن معظم منفعته في حال رطوبته، فصار كالفواكه.

فإن باع منه ما فيه نداوة يسيرة[1] بمثله، كالتمر الحديث بعضه ببعض، جاز بلا خلاف؛ لأن ذلك لا يظهر في الكيل، وإن كان مما يوزن كاللحم، لم يجز؛ لأنه يظهر في الوزن.

فـصـل [العرايا]:

وأما العرايا[2]: وهو بيع الرطب على النخل، بالتمر على الأرض خرصاً، فإنه يجوز للفقراء فيخرص ما على النخل من الرطب، وما يجيء منه من التمر، إذا جف، ثم يبيع ذلك بمثله تمراً، ويسلمه إليه قبل التفرق[3]، والدليل عليه ما روى محمود بن لبيد قال: قلت لزيد بن ثابت: ما عَرَاياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين

---

(١) المقصود الكلام عما يمنع بيع رطبه برطبه أو بيابسه مما تقدم إذا وصل إلى حالة اليبس، فهل يشترط تناهي اليبس؟ أم يكتفى بما دون ذلك؟ وفرق في الجواب بين المكيل والموزون، كما نص عليه الشافعي للفروق بينهما. (المجموع ١٠/ ٣٢٤).

(٢) العرايا: جمع عرية، وهي أن يتفرد صاحبها بالأكل، وهي النخلة، يعيرها صاحبها رجلاً محتاجاً، فيجعل له ثمرتها عامها، فيعروها أي يأتيها، وهي فعيلة بمعنى مفعولة، يقال: عراه يعروه إذا أتاه، لأن صاحبها يتردد إليها، وسميت عرايا، لأنها عريت عن جملة الحائط وصدقتها وما يخرص على صاحبها من عشرها، فعريت عن جملة ذلك، أي أخرجت، وإنما دخلت عليها الهاء لأنها أفردت، فصارت في أعداد الأسماء، مثل النطيحة والأكيلة، ولو جئت بها مع النخلة، قلت نخلة عري، ويحتمل أن تكون من عرى يعري، كما يقال للرجل عري إذا تجرد من ثيابه، كأنها عريت عن جملة التحريم، فعريت أي دخلت وخرجت منه، كما يقال: أعريته النخلة أطعمته ثمرتها يعروها. (النظم ١/ ٢٧٤، المجموع ١١/ ٤).

(٣) تجوز العرايا بلا خلاف فيه في المذهب، وهو مذهب أكثر أهل العلم، كلهم ذهبوا إلى جوازها، وخالف أبو حنيفة وأصحابه، والعرايا مزابنة لأنها بيع الرطب بالتمر، وذلك منهي عنه، فخرجت منه منفردة، ورخص النبـي ﷺ بها. (المجموع ١١/ ٨، ٩).

من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ إن الرطب يأتي، ولا نقد بأيديهم، يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس، وعندهم فضول[1] من قوتهم من التمر، «فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يبتاعوا العرايا بخِرْصها[2] من التمر الذي في أيديهم يأكلونها رطباً»[3].

وهل يجوز للأغنياء؟ فيه قولان، أحدهما: لا يجوز، وهو اختيار المزني، لأن الرخصة وردت في حق الفقراء[4] والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة، فبقي في حقهم على الحظر، والثاني: أنه يجوز[5]، لما روى سهل بن أبي حثمة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بَيْع التمر بالتمر، إلاَّ أنه رخص في العرايا أن تبتاع بخِرْصها تمراً، يأكلها أهلها رطباً»[6] ولم يفرق، ولأن كل بيع جاز للفقراء جاز

(١) فضول: جمع فضل، وهو الزائد، يقال فضل لي شيء عن حاجتي أي زاد. (النظم ١/ ٢٧٥).

(٢) بخِرْصها: بكسر الخاء، وهو الشيء المخروص المقدر، وأما الخَرْص بالفتح فالمصدر. (النظم ١/ ٢٧٥).

(٣) هذا الحديث أصله عن زيد رواه البخاري (٢/ ٧٦٥ كتاب البيوع، باب تفسير العرايا)، ومسلم (١٠/ ١٨٤ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر)، والترمذي (٤/ ٥٢٧ كتاب البيوع، باب العرايا والرخصة بها)، والبيهقي (٥/ ٣٠٨) وغيرهم.
أما هذه الرواية عن محمود بن لبيد فلم ترد إلاَّ في رواية الشافعي في (الأم ٣/ ٤٧).
ومحمود بن لبيد صحابي ابن صحابي من كبار العلماء (المجموع ١١/ ٤)، والرخصة إثبات الحكم على خلاف الدليل، ويكون سبب الرخصة الضرورة أو الحاجة، والعرايا جازت للحاجة إليها استثناء من تحريم بيع الرطب بالتمر. (المجموع ١١/ ٨).

(٤) اعتمد المزني على رواية محمود بن لبيد، وأن سبب الحديث حاجة الفقراء، فهي مختصة بهم. (المجموع ١١/ ٤، ١٨، ١٩).

(٥) يجوز في المسألة طريقان، والقول الأصح القطع بعموم الرخصة للأغنياء والفقراء، وهو قول جمهور الأصحاب، والظاهر من كلام الشافعي، وقُطع به، وفي الطريق الثانية قولان، والقول الثاني يجوز، وهو ظاهر المذهب والمنصوص في «الأم». (المجموع ١١/ ١٨، ١٩، ٢٠).

(٦) أصل الحديث رواه البخاري (٢/ ٧٦٤ كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل)،

للأغنياء كسائر البيوع.

وهل يجوز ذلك في الرطب بالرطب؟ فيه ثلاثة أوجه، أحدها: يجوز، وهو قول أبـي علي بن خيران، لما روى زيد بن ثابت، قال: «رخص رسول الله ﷺ في العرايا، بالتمر والرطب، ولم يرخص في غير ذلك»(١)، والثاني: لا يجوز، وهو قول أبـي سعيد الإصطخري، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «لا تبايعوا ثمر النخل بثمر النخل»(٢)؛ ولأن الخرص غرر، وقد وردت الرخصة في جوازه في أحد العوضين، فلو جوزنا في الرطب بالرطب، لجوزناه في العوضين، وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة، فلم يجز كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام، والثالث: وهو قول أبـي إسحاق، أنه إن كان نوعاً واحداً لم يجز؛ لأنه لا حاجة به إليه؛ لأن مثل ما يبتاعه عنده، وإن كان نوعين جاز؛ لأنه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه، فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده(٣).

= ومسلم (١٠/ ١٨٥ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلاّ في العرايا)، والترمذي مع زيادة، وقال: هذا حديث حسن صحيح غريب (٤/ ٥٣٠ كتاب البيوع، باب العرايا والرخصة فيها).

والللفظ الذي ذكره المصنف لفظ رواية الشافعي . (بدائع المنن ٢/ ١٧٠).

(١) هذا الحديث رواه أبو داود بسند صحيح (٢/ ٢٢٦ كتاب البيوع، باب بيع العرايا)، والنسائي (٧/ ٢٣٥ كتاب البيوع، باب بيع العرايا بالرطب، وفي رواية البخاري «بالرطب أو التمر») (٢/ ٧٦٣ كتاب البيوع، باب بيع المزابنة)، وفي مسلم كذلك (١٠/ ١٨٤ كتاب البيوع، باب بيع الرطب بالتمر)، ولعل رواية «أو» شك من الراوي فلا حجة فيها، لكن ثبتت الرواية الأولى من طرق أخرى. (المجموع ١١/ ٢٥).

(٢) حديث ابن عمر رواه البيهقي (٥/ ٢٩٦) وفيه شخصان غير معروفين، ورواه البخاري بلفظ «لا تبيعوا الثمر بالتمر» (٢/ ٧٦٣ كتاب البيوع، باب بيع المزابنة).

(٣) هذه الأوجه الثلاثة للأصحاب، وليس للشافعي نص في هذه المسألة، والصحيح هو الوجه الثاني أنه لا يجوز مطلقاً، ولا يجوز إلاّ بالتمر. (المجموع ١١/ ٢٧ ٢٨، ٣١).

ولا يجوز في العرايا فيما زاد على خمسة أوسق، في عقد واحد[1]، لما روى جابر رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة[2]، فالمحاقلة: أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق[3] من حنطة، والمزابنة: أن يبيع الثمر على رؤوس النخل بمائة فرق، والمخابرة: كراء الأرض بالثلث والربع، ويجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق، لما رَوى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ «أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق»[4]، وفي خمسة أوسق

---

(١) مفهوم كلام المصنف يجوز في عقود متفرقة، وهو كذلك، فيجوز أن يبيع ثمر بستان كله لجماعة، كل واحد منهم دون خمسة أوسق، نص على ذلك الشافعي والأصحاب. (المجموع ١١/ ٣٩).

(٢) هذا الحديث رواه مسلم (١٠/ ١٩٤ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة)، وفيه تفسير الراوي لكل منها، ورواه الشافعي. (بدائع المنن ٢/ ١٧١).
والمخابرة كراء الأرض بالثلث والربع ونحوه، مشتق من الخبار، وهي الأرض الرخوة ذات الحجارة، يقال: أرض خبرة وخبراء وعرة الموضع، وكان يقال: أصل المخابرة من خيبر، لأن النبي ﷺ عاملهم حين غلب عليهم على النصف، فقيل: خابرهم.
والمحاقلة فيها أقوال، أحدها: اكتراء الأرض بالحنطة، هكذا جاء مفسراً في الحديث، وقال قوم: في المزارعة بالثلث والربع، وقيل: هو بيع الطعام وهو في سنبله بالبر، مأخوذ من الحقل، وهو الذي يسمى القراح بالعراق، والقراح مثل الحول، والقراح المزرعة التي ليس عليها بناء، وفيها شجر، والمحاقل: المزارع، ويقال: أحقلُ، أي أزرع، ويقال: لا تنبت إلاَّ بالحقلة.
والمزابنة: شراء الثمر على رؤوس النخل بالثمر على وجه الأرض وأصله من الزبن، وهو الدفع، كأن كل واحد من المتبايعين يزبن صاحبه عن حقه بما يراد منه، يقال: ناقة زبون إذا كانت تدفع حالبها برجلها، وحرب زبون يدفع منها الموت.
وإنما حرمت المحاقلة والمزابنة لأنهما من الكيل أو الوزن، وليس يجوز إذا كانا من جنس واحد إلاَّ مثلاً بمثل، يداً بيد، وهو مجهول لا يدرى أيهما أكثر. (النظم ١/ ٢٧٥).

(٣) الفرق: ستة عشر رطلاً. (النظم ١/ ٢٧٥).

(٤) حديث أبي هريرة رواه البخاري (٢/ ٧٦٤ كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل)، ومسلم (١٠/ ١٨٧ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالثمر إلاَّ في العرايا)، =

قولان، أحدهما: لا يجوز، وهو قول المزني؛ لأن الأصل، هو الحظر وقد ثبت جواز ذلك فيما دون خمسة أوسق، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه، و «في خمسة أوسق» شك لأنه روى في حديث أبي هريرة «فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق» شك فيه داود بن الحصين، فبقي على الأصل، ولأن خمسة أوسق في حكم ما زاد، بدليل أنه تجب الزكاة في الجميع فإذا لم تجز فيما زاد على خمسة أوسق، لم تجز في خمسة أوسق، والقول الثاني: أنه يجوز، لعموم حديث سهل بن أبي حثمة[1].

فصل [العنب بالزبيب]:

وما جاز في الرطب بالتمر جاز في العنب بالزبيب، لأنه يدخر يابسه ويمكن خرصه فأشبه الرطب[2].

وفيما سوى ذلك من الثمار قولان، أحدهما: يجوزُ لأنه ثمرة فجاز بيع رطبها بيابسها خرصاً كالرطب، والثاني: لا يجوز؛ لما روى زيد بن ثابت قال: «رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب، ولم يرخص في غير ذلك»[3]، ولأن سائر الثمار لا يدخر يابسها، ولا يمكن خرصها لتفرقها في الأغصان واستتارها في الأوراق، فلم يجز بيعها خرصاً[4].

= ولفظهما «فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق»، هكذا على الشك، وكذا رواه الشافعي (بدائع المنن ٢/ ١٧١)، وفي الترمذي «فيما دون خمسة أوسق» (٤/ ٥٢٨ كتاب البيوع، باب العرايا والرخصة فيها).

(١) القول الأول هو المختار، فالراجح المنع، وهو الأظهر والأصح. (المجموع ١١/ ٤٧، ٤٩).

(٢) نص الشافعي على أن العرايا من العنب كهي من التمر، واتفق الأصحاب على ذلك. (المجموع ١١/ ٥٢).

(٣) حديث زيد رواه مسلم بلفظ «بالتمر أو بالرطب» (١٠/ ١٨٣ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر)، والحديث سبق ص ٧٨ هـ ١.

(٤) القول الثاني هو الأصح بمنع بيع العرايا في غير النخل والعنب، وفي المسألة طريق آخر أنه لا يجوز قولاً واحداً. (المجموع ١١/ ٥٤، ٥٥).

فصل [التمر منزوع النوى]:

ولا يباع منه ما نزع نواه بما لم ينزع نواه؛ لأن أحدهما على هيئة الادخار، والآخر على غير هيئة الادخار، ويتفاضلان حال الادخار فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالتمر.

وهل يجوز بيع ما نزع نواه بعضه ببعض؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز لقوله ﷺ: «لا تبيعوا التمر بالتمر إلاَّ سواء بسواء»[1]، والثاني: لا يجوز؛ لأنه يتجافى في المكيال، فلا يتحقق فيه التساوي، ولأنه يجعل تساويهما في حال الكمال والادخار، فأشبه بيع التمر بالتمر جزافاً[2].

فصل [النيء والمطبوخ]:

ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه؛ لأن النار تعقد أجزاءه وتسخنه[3]، فإن بيع كيلاً لم يجز، لأنهما لا يتساويان في الكيل في حال الادخار، وإن بيع وزناً لم يجز؛ لأن أصله الكيل، فلا يجوز بيعه وزناً.

ولا يجوز بيع مطبوخه بمطبوخه؛ لأن النار قد تعقد من أجزاء أحدهما أكثر من الآخر، فيجهل التساوي.

واختلف أصحابنا في بيع العسل[4] المصفى بالنار بعضه ببعض، فمنهم من

---

(١) هذا الحديث مختصر من حديث عبادة من رواية الشافعي. (بدائع المنن ٢/ ١٧٧)، وقوله: «إلاَّ سواء بسواء» أي لا يجوز إلاَّ مستو بمستو، لا فضل في أحدهما على الآخر (النظم ١/ ٢٧٦).

(٢) والأصح هو الوجه الثاني، وهو المنع. (المجموع ١١/ ٦١).

(٣) إن ما حرم فيه الربا لا يجوز بيع الجنس الواحد نيئه بمطبوخه، ونص عليه الشافعي. (المجموع ١١/ ٦٢).

(٤) إذا أطلق العسل فالمراد به عسل النحل لا غير، وكل ما يتخذ من غيره يجوز بيعه بعسل النحل متماثلاً ومتفاضلاً، والعسل: لعاب النحل، يذكر ويؤنث، والواحدة عسلة، وجمعه أعسال وعسل وعسول وعسلان إذا أردت أنواعه. (المجموع ١١/ ٦٥).

قال: لا يجوز؛ لأن النار تعقد أجزاءه فلا يعلم تساويهما، ومنهم من قال: يجوز؛ وهو المذهب؛ لأن نار التصفية نار لينة، لا تعقد الأجزاء وإنما تميزه من الشمع، فصار كالعسل المصفى بالشمس[1].

واختلفوا في بيع السكر بعضه ببعض، فمنهم من قال: لا يجوز؛ لأن النار قد عقدت أجزاءه[2]، ومنهم من قال: يجوز؛ لأن ناره لا تعقد الأجزاء، وإنما تميزه من القصب.

فـصـل [الحب والدقيق]:

ولا يجوز بيع الحب بدقيقه[3] متفاضلاً؛ لأن الدقيق هو الحب بعينه، وإنما فرقت أجزاؤه، فهو كالدنانير الصحاح بالقراضة، فأما بيعه به متماثلاً فالمنصوص أنه لا يجوز[4]، وقال الكرابيسي[5]: قال أبو عبد الله: يجوز، فجعل أبو الطيب بن سلمة[6] هذا قولاً آخر، وقال أكثر أصحابنا: لا يجوز قولاً واحداً، ولعل الكرابيسي أراد أبا عبد الله مالكاً، أو أحمد، فإن عندهما يجوز ذلك، والدليل على

---

(١) وهذا أصح الوجهين بالجواز، كما يفهم أن المصفى بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض بلا خلاف. (المجموع ١١/ ٦٧، ٦٨).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح بالمنع في السكر، ويجري الخلاف والترجيح في كل ما ينعقد كالعسل الأسود (من قصب السكر)، واللبأ وهو أول اللبن من النتاج. (المجموع ١١/ ٧٠، ٧١).

(٣) وهذا يشمل الحنطة والشعير وغيرهما، وفيه احتراز عن بيعه بدقيق غيره، فإنه جائز متماثلاً ومتفاضلاً على القول المشهور أن الأدقة أجناس. (المجموع ١١/ ٧٦).

(٤) وهذا لا يجوز عندنا وعند أكثر العلماء، خلافاً لأبـي ثور وداود. (المجموع ١١/ ٧٦).

(٥) الكرابيسي: هو أبو علي الحسين بن علي البغدادي الكرابيسي صاحب الشافعي في العراق، كان عالماً في الفقه والحديث والأصول، وروى المذهب القديم للشافعي، توفي سنة ٢٤٥هـ. (المجموع ١١/ ٧٥).

(٦) هو محمد بن المفضل بن سلمة من كبار أصحابنا، درس الفقه على ابن سريج، وكان مخصوصاً بفرط الذكاء والشهامة، مات شاباً سنة ٣٠٨هـ. (المجموع ١١/ ٧٥).

أنه لا يجوز أنه جنس فيه ربا بيع منه ما هو على هيئة الادخار، بما ليس منه على هيئة الادخار على وجه يتفاضلان في حال الادخار، فلم يصح كبيع الرطب بالتمر.

ولا يجوز بيع دقيقه بدقيقه[1] وروى المزني عنه في «المنثور»: أنه يجوز، وإليه أومأ في «البويطي»؛ لأنهما يتساويان في الحال، ولا يتفاضلان في الثاني، فجاز بيع أحدهما بالآخر، كالحنطة بالحنطة. والصحيح هو الأول؛ لأنه جهل بالتساوي بينهما في حال الكمال والادخار، فأشبه بيع الصبرة بالصبرة جزافاً[2].

ولا يجوز بيع حبه بسويقه[3] ولا سويقه بسويقه، لما ذكرناه في الدقيق، ولأن النار قد دخلت فيه، وعقدت أجزاءه، فمنع التماثل.

ولا يجوز بيعه بخبزه[4]؛ لأنه دخله النار، وخالطه الملح والماء، وذلك يمنع التماثل؛ ولأن الخبز موزون، والحنطة مكيل، فلا يمكن معرفة التساوي بينهما.

ولا يجوز بيع خبزه بخبزه، لأن ما فيه من الماء والملح يمنع من العلم بالتماثل، فمنع جواز العقد.

وإن جفف الخبز وجعل فتيتاً، وبيع بعضه ببعض كيلاً، ففيه قولان،

---

(١) بيع الدقيق بالدقيق من الجنس الواحد لا يجوز، ونص عليه الشافعي في «القديم» و «الجديد» وهو الأصح الراجح. (المجموع ١١/ ٧٩).

(٢) الصبرة: هي الكومة، المجموعة من الطعام، سميت صبرة لإفراغ بعضها عن بعض، ومنه قيل للسحاب نراه فوق السحاب: صبيرة، والجزاف أي الجملة بغير كيل ولا وزن ولا عدد، فارسي معرب. (النظم ١/ ٢٧٦).

(٣) السويق ضربان، نقيع ومطبوخ، فالنقيع ينقع الطعام في الماء ليبرد ثم يجفف، ثم يقلى ويجرش، والمطبوخ يطبخ ثم يجفف ثم يقلى ويجرش، فكل واحد منهما أخذت النار بعضه، وقد يختلف السويق من بلد إلى بلد. (المجموع ١١/ ٨١، ٨٢).

(٤) وكذا لا يجوز بيع الدقيق بالخبز، وقال الرافعي: يجوز بيع الحنطة وما يتخذ منها من المطعومات بالنخالة؛ لأنها ليست بمال ربوي. (المجموع ١١/ ٨٣).

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه لا يعلم تساويهما في حال الكمال، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر، كالرطب بالرطب[١]، والثاني: أنه يجوز؛ لأنه مكيل مدخر، فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر.

فصل [الأصل والعصير]:

ولا يجوز بيع أصله بعصيره، كالسمسم بالشيرج، والعنب بالعصير؛ لأنه إذا عصر الأصل نقص عن العصير الذي بيع به[٢].

ويجوز بيع العصير بالعصير إذا لم تنعقد أجزاؤه؛ لأنه يدخر على صفته[٣]، فجاز بيع بعضه ببعض، كالزبيب بالزبيب. ويجوز بيع الشِيرَج بالشِيرَج[٤]، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز؛ لأنه يخالطه الماء والملح، وذلك يمنع التماثل، فمنع العقد، والمذهب: الأول؛ لأنه يدخر على جهته، فجاز بيع بعضه ببعض، كالعصير[٥]، وأما الماء والملح فإنه يحصل في الكُسب[٦]، ولا ينعصر؛ لأنه لو انعصر في الشيرج لبان عليه.

ويجوز بيع خل الخمر بخل الخمر[٧]؛ لأنه يدخر على

---

(١) وهو القول الأصح أنه لا يجوز. (المجموع ١١/ ٨٧).

(٢) يمنع بيع الشيرج بالسمسم، وكل دهن بأصله، وكل ذلك كالمتفق عليه بين الأصحاب. (المجموع ١١/ ٨٩).

(٣) إذا بيع العصير من جنسين جاز متماثلاً ومتفاضلاً، مطبوخاً ونيئاً، وكيف كان يداً بيد، فالعصير أجناس على المشهور. (المجموع ١١/ ٩٢).

(٤) الشيرج: هو زيت السمسم. (المجموع ١١/ ٩٤).

(٥) الراجح هو الأول، والجواز هو المذهب والمنصوص عليه. (المجموع ١١/ ٩٤).

(٦) الكُسب: بضم الكاف وهو التفل المترسب من عصارة الدهن. (النظم ١/ ٢٧٦، المجموع ١١/ ٩٤).

(٧) الخلول أجناس على القول المشهور، والتفريع في المسائل عليه، وفيه قول مخرج أنها جنس واحد، والخل يتخذ من العنب والزبيب والتمر، وزاد الرافعي خل الرطب، وليست =

جهته[1]، فجاز بيع بعضه ببعض، كالزبيب بالزبيب، ولا يجوز بيع خل الخمر بخل الزبيب؛ لأن في خل الزبيب ماء وذلك يمنع من تماثل الخلين[2]، ولا يجوز بيع خل الزبيب بخل الزبيب، ولا بيع خل التمر بخل التمر؛ لأنا إن قلنا: إن الماء فيه ربا، لم يجز للجهل بتماثل الماءين[3]، والجهل بتماثل الخلين، وإن قلنا: لا ربا في الماء لم يجز للجهل بتماثل الخلين. وإن باع خل الزبيب بخل التمر، فإن قلنا: إن في الماء ربا لم يجز للجهل بتماثل الماء فيهما[4]، وإن قلنا: لا ربا في الماء، جاز؛ لأنهما جنسان، فجاز بيع أحدهما بالآخر مع الجهل بالمقدار كالتمر بالزبيب[5]، والله أعلم.

فصل [بيع شاة بلبن]:

قال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري: ولا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن شاة؛ لأن اللبن يدخل في البيع، ويقابله قسط من الثمن، والدليل عليه أن النبي ﷺ جعل في مقابلة لبن المصراة صاعاً من تمر[6]، ولأن اللبن في الضرع

= الخلول منحصرة، والخل لغة كل ما حمض من عصير العنب وغيره. (المجموع ١١/ ٩٧، ٩٨).

(١) يجوز بيع خل الخمر بخل الخمر اتفاقاً بشرط ألا يكون في واحد منها ماء، ولم يذكر المصنف الشرط، لأن الغالب في خل العنب أنه لا ماء فيه، ويجوز بيع العنب بعصيره، لأنه لا ينقص إذا صار خلاً، فهما متساويان في حال الادخار. (المجموع ١١/ ١٠٤).

(٢) يجوز بيع خل الخمر بخل التمر، لأن التمر والعنب جنسان مختلفان، ونص الشافعي على جوازه، وهناك مسائل كثيرة في سائر الخلول. (المجموع ١١/ ٩٩، ١٠٠).

(٣) في جريان الربا بالماء وجهان، سبقا ص ٦١ هـ ١، والوجه الأصح المشهور أنه يجري فيه الربا، وأن الماء المحرز في الإناء مملوك على الصحيح المشهور. (المجموع ١١/ ١٠٤).

(٤) وهذا هو القول المشهور، وجزم بعضهم بجوازه. (المجموع ١١/ ١٠٠).

(٥) لا يجوز بيع التمر بالتمر، و خل عنب بعنب، ولا كل شيء بشيء يخرج من أصله. (المجموع ١١/ ١٠٥).

(٦) حديث لبن المصراة صحيح متفق عليه، وسيرد في باب بيع المصراة ص ١٠٧.

كاللبن في الإناء، والدليل عليه قوله ﷺ: «لا يَحْلُبَنَّ أحدكم شاةَ غيرِه بغيرِ إذنه، أيحبُّ أحدُكم أنْ تؤتى خِزانته فينتثل[1] ما فيها»[2]، فجعل اللبن كالمال في الخزانة، فصار كما لو باع لبناً وشاة بلبن[3].

فإن باع شاة في ضرعها لبن، بشاة في ضرعها لبن، ففيه وجهان، قال أبو الطيب بن سلمة: يجوز، كما يجوز بيع السمسم بالسمسم، وإن كان في كل واحد منهما شيرج، وكما يجوز بيع دار بدار وإن كان في كل واحدة منهما بئر ماء، وقال أكثر أصحابنا: لا يجوز؛ لأنه جنس فيه ربا بيع بعضه ببعض، ومع كل واحد منهما شيء مقصود، فلم يجز[4]، كما لو باع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة، ويخالف السمسم؛ لأن الشيرج في السمسم كالمعدوم؛ لأنه لا يحصل إلاَّ بطحن وعصر، واللبن موجود في الضرع من غير فعل، ويمكن أخذه من غير مشقة، وأما الدار فإن قلنا: إن الماء يملك، ويحرم فيه الربا فلا يجوز بيع إحدى الدارين بالأخرى[5].

ويجوز بيع اللبن الحليب بعضه ببعض؛ لأن عامة منافعه في هذه الحال، فجاز بيع بعضه ببعض، كالتمر بالتمر.

---

(١) ينتثل أي يستخرج، وأصل النثل أن نترك الشيء مرة واحدة، يقال: نثلت كنانتي، إذا استخرجت ما فيها من النبل. (النظم ١/ ٢٧٧، المجموع ١١/ ١٠٦).

(٢) هذا الحديث رواه البخاري (٢/ ٨٥٨ كتاب اللقطة، باب لا تحتلب ماشية أحد بغير إذن)، ومسلم (١٢/ ٢٨ كتاب اللقطة، باب تحريم حلب الماشية بغير إذن مالكها)، ورواية البخاري «ماشية امرىء»، ورواية مسلم «ماشية أحد»، قال السبكي: «وقول المصنف: «شاة أحدكم» أن لفظ الشاة لم أجده في شيء من الروايات. (المجموع ١١/ ١٠٦).

(٣) نص الشافعي في «الأم» و «المختصر» على منع بيع الشاة واللبن باللبن، أما إذا باع شاة غير ذات لبن، بأن لا تكون قد ولدت قط، فيجوز البيع باتفاق الأصحاب نقداً ونسيئة والتفرق قبل القبض، وكذا يجوز البيع في الشاة التي لها لبن قد حلب بلبن شاة باتفاق الأصحاب أيضاً. (المجموع ١١/ ١٠٧، ١٠٩).

(٤) وهذا هو الوجه الأصح بعدم الجواز. (المجموع ١١/ ١١١).

(٥) سبق البيان بأن يملك ويجري فيه الربا. (المجموع ١١/ ١١٢، ١١٤).

ويجوز بيع اللبن الحليب بالرائب، وهو الذي فيه حموضة؛ لأنه لبن خالص، وإنما تغير فهو كتمر طيب، بتمر غير طيب.

ويجوز بيع الرائب بالرائب[١]، كما يجوز بيع تمر متغير بتمر متغير[٢].

ولا يجوز بيع اللبن بما يتخذ منه من الزبد والسمن؛ لأن ذلك مستخرج منه، فلا يجوز بيعه به كالشِيرَج بالسمسم، ولا يجوز بيعه بالمخيض؛ لأن المخيض لبن نُزِع منه الزبد، والحليب لم يُنزع منه الزبد، فإذا بيع أحدهما بالآخر تفاضل اللبنان، ولا يجوز بيعه بالشيراز واللبأ والجبن[٣]. لأن أجزاءها قد انعقدت، فلا يجوز بيعها باللبن كيلاً، لأنهما يتفاضلان، ولا يجوز بيعها وزناً، لأن اللبن مكيل فلا يباع بجنسه وزناً.

---

(١) راب اللبن يروب روباً إذا خثر، فهو رائب، والرائب يكون لما مخض ولما لم يمخض، ومعنى مخض: أي حرك حتى يخرج زبده، والمخيض فعيل منه، والمروب الإناء الذي يروب فيه اللبن، وقيل: إذا خثر اللبن فهو رائب، فلا يزال ذلك اسمه حتى ينزع زبده، واسمه على حاله بمنزلة العشراء من الإبل ما لم تضع فهو اسمها.
والحليب ما فسره الشافعي بأنه ما يحلب من ساغية، وكان منتهى خاصية الحليب أن تقل حلاوته، والرائب ما حصل فيه قليل حموضة، وقيل: ما خثر بنفسه من غير نار. (النظم ١/ ٢٧٧، المجموع ١١/ ١١٦).

(٢) المقصود جواز البيع في هذه المسائل الثلاث، بشرط أن لا يكون فيه مال، وأن ذلك ليس من باب الرطب الذي يمتنع بيع بعضه ببعض، لأنه لا ينتهي إلى جفاف، ولأن معظم منفعته حال كونه لبناً، ولا خلاف في جواز ذلك، وذكره الشافعي، ونبه عليه. (المجموع ١١/ ١١٦، ١١٩).

(٣) هذه الأشياء تتخذ من اللبن، كما يتخذ غيرها، والشيراز هو اللبن الرائب المستخرج ماؤه، وجمعه شواريز وشراريز وشآريز، وبيع الشيء مما يتخذ منه يمتنع في جميع المطعومات، ويجوز في الذهب والفضة إذا اتخذ منه مصوغ، لأنه لا يستحيل بالصياغة ويبقى ذهباً وفضة، وما يتخذ من المطعومات يستحيل عن صفته فيحصل التفاضل. (المجموع ١١/ ١٢٣).

وأما بيع ما يتخذ منه بعضه ببعض فإنه إن باع السمن بالسمن جاز؛ لأنه لا يخالطه غيره[1]، قال الشافعي رحمه الله: والوزن فيه أحوط، وقال أبو إسحاق: يباع كيلاً؛ لأن أصله الكيل.

فإن باع الزبد بالزبد، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز كما يجوز بيع السمن بالسمن، واللبن باللبن، والثاني: لا يجوز؛ لأن الزبد فيه لبن، فيكون بيع لبن وزبد بلبن وزبد[2].

وإن باع المخيض بالمخيض نظرتَ: فإن لم يطرح فيه الماء جاز، لأنه بيع لبن بلبن، وإن طرح فيه ماء للضرب لم يجز، لتفاضل الماءين، وتفاضل اللبنين[3].

وإن باع الجبن أو الأقط أو المصل أو اللبأ[4] بعضه ببعض لم يجز؛ لأن أجزاءها منعقدة، ويختلف انعقادها، ولأن فيها ما يخالطه الملح، والأنفحة، وذلك يمنع التماثل.

وأما بيع نوع منه بنوع آخر، فإنه ينظر فيه، فإن باع الزبد بالسمن، لم يجز؛ لأن السمن مستخرج من الزبد، فلا يجوز بيعه بما استخرج منه، كالشِيرَج بالسمسم.

وإن باع المخيض بالسمن، فالمنصوص أنه يجوز؛ لأنه ليس في أحدهما شيء من الآخر، قال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله: هما كالجنسين، فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً بلا خلاف[5].

---

(١) وصورته إذا كان من جنس واحد كسمن الغنم بسمن الغنم. (المجموع ١١/ ١٢٤).

(٢) الأصح هو الوجه الثاني بالمنع. (المجموع ١١/ ١٢٦).

(٣) لو باع لبن غنم بلبن بقر، فالصحيح أنهما جنسان فيجوز متماثلاً ومتفاضلاً بشرط التقابض، وبشرط عدم الشَوب بالماء. (المجموع ١١/ ١٢٩).

(٤) اللبأ هو أول اللبن بعد النتاج، وسيذكر في كتاب الأيمان. (النظم ١/ ٢٧٧).

(٥) أطلق النص الجواز فيحتمل أن يكون المراد متفاضلاً كما قال أبو الطيب، وأما احتمال شرط التماثل فبعيد. (المجموع ١١/ ١٣٢).

وإن باع الزبد بالمخيض، فالمنصوص أنه يجوز[(١)]، وقال أبو إسحاق: لا يجوز، ، لأن في الزبد شيئاً من المخيض، فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض، وهذا لا يصح؛ لأن الذي فيه من المخيض لا يظهر إلاَّ بالتصفية والنار، فلم يكن له حكم، وما سوى ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع آخر؛ لأنه يؤدي إلى التفاضل[(٢)].

فـصـل [بيع حيوان بلحم]:

ولا يجوز بيع حيوان يؤكل لحمه بلحمه[(٣)]، لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «لا يُباع حيٌّ بميت»[(٤)]، وروى ابن عباس رضي الله عنه «أن جزوراً نُحِرت على عهد أبـي بكر رضي الله عنه، فجاء رجل بعناق، فقال: أعطوني بها لحماً، فقال أبو بكر: لا يصلح هذا»[(٥)]، ولأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذي فيه مثله فلم يجز كبيع الشيرج بالسمسم. وفي بيع اللحم بحيوان

---

(١) وهذا هو الأصح بالجواز كما لو باع حنطة لا شعير فيها بحنطة فيها حبات شعير قليلة، والمقصود من الزبد السمن، والمخيض ليس من جنس السمن إذا كان منزوع الزبد فهما جنسان مختلفان، وإن كان في الزبد قليل مخيض، وفي المخيض قليل زبد، لأن المقصودين مختلفان. (المجموع ١١/ ١٣٢، ١٣٣).

(٢) يجوز بيع شيء من الأقط والجبن والمصل واللبأ وغيرها بالآخر.
قال الإمام: «الأنفحة: الوجه القطع بطهارتها؛ لإجماع المسلمين على طهارة الجبن، وهو في الغالب لا يخلو من الأنفحة». (المجموع ١١/ ١٣٣، ١٣٤).

(٣) المسألة مفروضة في بيع الحيوان المأكول بجنسه كالبقر بلحم البقر ولا خلاف عندنا بمنعه نقداً ونسيئة، وخالف فيه بعض أئمة المذاهب الأخرى، أما بيع الحيوان بلحم جنس آخر من الحيوانات المأكولة مثل لحم الجزور بالشاة، فإن قلنا: اللحمان صنف واحد لم يجز قولاً واحداً، وإن قلنا أصناف فالصواب أنه لا يجوز أيضاً. (المجموع ١١/ ١٤٥، ١٤٦).

(٤) حديث سعيد رواه البيهقي (٥/ ٢٩٧)، ورواه الشافعي بلفظ قريب (بدائع المنن ٢/ ١٨٣).
ورواه مالك بلفظ «نهى عن بيع الحيوان باللحم» (الموطأ ص ٤٠٦ كتاب البيوع، باب بيع الحيوان باللحم)، والبيهقي (٥/ ٢٩٦).

(٥) أثر ابن عباس عن أبـي بكر رواه البيهقي (٥/ ٢٩٧)، وذكر الشافعي قريباً من هذه القصة عن ابن أبـي برزة. (بدائع المنن ٢/ ١٨٣)، والبيهقي (٥/ ٢٩٧).

لا يؤكل، قولان، أحدهما: لا يجوز للخبر[1]، والثاني: يجوز لأنه ليس فيه مثله، فجاز بيعه به كاللحم بالثوب.

ويجوز بيع اللحم بجنسه إذا تناهى جفافه ونزع منه العظم، لأنه يدخر على هذه الصفة، فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر.

وهل يجوز بيع بعضه ببعض قبل نزع العظم؟ فيه وجهان، قال أبو سعيد الإصطخري: يجوز، كما يجوز بيع التمر بالتمر وفيه النوى، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز[2]، كما لا يجوز بيع العسل الذي فيه شمع بعضه ببعض، ويخالف النوى في التمر، فإن فيه مصلحة له، وليس في ترك العظم في اللحم مصلحة له.

فصل [بيع بيض بدجاج]:

ولا يجوز بيع بيض الدجاج بدجاجة في جوفها بيض؛ لأنه جنس فيه ربا بيع بما فيه مثله[3]، فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان.

باب
بيع الأصول والثمار[4]

إذا باع أرضاً، وفيها بناء أو غراس[5]، نظرتَ: فإن قال: بعتك هذه الأرض

---

(١) وهذا هو القول الصحيح بالمنع لخبر سعيد بن المسيب المذكور سابقاً. (المجموع ١١/ ١٤٩).

(٢) قال الرافعي: وهو الأظهر عند الأكثرين. (المجموع ١١/ ١٥٥).

(٣) وهذا مفرع على القول الجديد أن الربا يجري في البيض، وأما بيع البيض عامة بالدجاج فجائز، وإن البيض أجناس في الأصح. (المجموع ١١/ ١٥٧).

(٤) المراد بالأصول هنا الأشجار، وكل ما يثمر مرة بعد أخرى، والمقصود بيان حكم بيع الأصول وما يتبعها، وحكم بيع الثمار، واستلزم الكلام في الأصول في الأرض متى كانت الأصول تابعة لها في البيع، واستطرد إلى بيان ما يتبع الأرض أو نحوها بالبيع، ثم قدم المصنف الكلام عن بيع الأرض لأنه مستلزم لبيع الأصول المستلزم لبيع الثمار. (المجموع ١١/ ١٧٠، ١٧١).

(٥) الأرض مؤنثة، وهي اسم جنس لم يأتِ واحده بالهاء، والغراس يستعمل في الشجر، ويقال للنخلة أول ما تنبت غريسة. (المجموع ١١/ ١٧١).

بحقوقها، دخل فيها البناء والغراس؛ لأنه من حقوقها، وإن لم يقل بحقوقها، فقد قال في «البيع»: يدخل، وقال في «الرهن»: لا يدخل، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق، فمنهم من قال: لا يدخل في الجميع؛ لأن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء[١]، وتأول قوله في البيع عليه إذا قال بحقوقها، ومنهم من نقل جوابه في «الرهن» إلى «البيع» وجوابه في «البيع» إلى «الرهن»، وجعلهما على قولين، أحدهما: لا يدخل في الجميع؛ لأن الأرض اسم للعرصة دون ما فيها من الغراس والبناء، والثاني: يدخل؛ لأنه متصل بها، فدخل في العقد عليها، كسائر أجزاء الأرض[٢]، ومنهم من قال: في البيع يَدْخل، وفي الرهن لا يدخل؛ لأن البيع عقد قوي يزيل الملك، فدخل فيه الغراس والبناء، والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك، فلم يَدْخل فيه الغراس والبناء[٣].

فإن قال: بعتك هذه القرية[٤] بحقوقها، لم تدخل فيها المزارع[٥]؛ لأن القرية اسم للأبنية دون المزارع.

---

(١) ويؤيد هذا الرأي أن اسم الأرض لا يشمل ذلك لغة ولا عرفاً، وهذا هو القياس، وهي طريقة أبي العباس بن سريج، ورجحها الجويني والغزالي والسبكي، ومال إليه الرافعي، لكنها خلاف ظاهر نص الشافعي. (المجموع ١١/ ١٧٢، ١٧٨، ١٧٩).

(٢) أصح القولين أن البناء والغراس تدخل في البيع والرهن جميعاً، والطريقة الثانية في تخريج قولين، وهي منقولة عن أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل، وصححها الشاشي والجرجاني. (المجموع ١١/ ١٧٣).

(٣) الطريقة الثالثة هي الأصح، ومنقولة عن أبي إسحاق المروزي، ونقلها الماوردي والرافعي عن جمهور الأصحاب، وصححها الأكثرون وهي ظاهر المذهب، وحكم الهبة حكم البيع، وفي المسألة طريقة رابعة بأن البناء والغراس يدخلان في البيع، وفي دخولها في الرهن قولان. (المجموع ١١/ ١٧٤، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠).

(٤) القرية هي الضيعة، أو كل مكان اتخذت به الأبنية متصلة، واتخذت قراراً، وتطلق على المدن وغيرها. (المجموع ١١/ ١٨٣هـ).

(٥) هذا قول الجمهور، وفي المسألة وجه آخر بدخول المزارع فيما إذا قال بحقوقها. (المجموع ١١/ ١٨٤).

وإن قال: بعتك هذه الدار، دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف المسمرة، والجوابـي والأجاجين[1] المدفونة فيها للانتفاع بها، وإن كان فيها رحىً مبنية، دخل الحجر السفلاني في بيعها، لأنه متصل بها، وفي الفوقاني[2] وجهان، أحدهما: أنه يدخل، وهو الصحيح، لأنه ينصب هكذا، فدخل فيه كالباب[3]، والثاني: لا يدخل؛ لأنه منفصل عن المبيع، ويدخل الغلق المسمر في الباب، وفي المفتاح وجهان، أحدهما: يدخل فيه؛ لأنه من مصلحته فلا ينفرد عنه[4]، والثاني: لا يدخل؛ لأنه منفصل فلم يدخل فيه كالدلو والبكرة.

وإن كان في الدار شجرة فعلى الطرق الثلاثة التي ذكرناها في الأرض[5].

وأما الماء الذي في البئر، فاختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق: الماء غير مملوك؛ لأنه لو كان مملوكاً لصاحب الدار لما جاز للمستأجر شربه؛ لأنه إتلاف عين، فلا يستحق بالإجارة كثمرة النخل، ولوجب أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شربه، كما لا يجوز رد النخل بعد أكل ثمرته، فعلى هذا لا يدخل في بيع الدار غير أن المشتري أحق به لثبوت يده على الدار، وقال أبو علي بن أبـي هريرة: هو مملوك لمالك الدار وهو المنصوص في «القديم» وفي كتاب «حرملة»؛ لأنه من نماء الأرض، فكان لمالك الأرض كالحشيش[6]، فإذا باع الدار، فإن الماء الظاهر للبائع لا يدخل في بيع الدار من غير شرط، وما يظهر بعد

---

(١) قال الرافعي: وهو الأظهر عند الأكثرين. (المجموع ١١/ ١٥٥).

(٢) السفلاني والفوقاني نسبة إلى سفل وفوق، زيدت فيه الألف والنون، كما زادوهما في أحمراني وأشعراني ورقباني. (النظم ١/ ٢٧٨).

(٣) وهذا هو الوجه الأصح، وصححه الشيخ أبو الطيب والرافعي. (المجموع ١١/ ١٨٨).

(٤) وهذا هو الوجه الأصح عند الرافعي وغيره. (المجموع ١١/ ١٨٩).

(٥) وظاهر المذهب أنها تدخل كما سبق في الهامش ٣ ص ٩١، ودخولها هنا أولى من دخولها في بيع الأرض. (المجموع ١١/ ١٩٣).

(٦) وهذا هو الوجه الأصح للنص عليه. (المجموع ١١/ ١٨٩).

العقد فهو للمشتري، فعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الظاهر من الماء للمشتري؛ لأنه إذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشتري، فينفسخ البيع[(١)].

وإن كان في الأرض معدن باطن، كمعدن الذهب، والفضة، دخل في البيع؛ لأنه من أجزاء الأرض، وإن كان معدناً ظاهراً كالنِفْط والقار[(٢)] فهو كالماء مملوك في قول أبي علي بن أبي هريرة، وغير مملوك في قول أبي إسحاق، والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء.

وإن باع أرضاً وفيها ركاز أو حجارة مدفونة، لم تدخل في البيع لأنها ليست من أجزاء الأرض، ولا هي متصلة بها، فلم تدخل في بيعها[(٣)].

فصل [بيع النخل المؤبر]:

وإن باع نخلاً وعليها طلع غير مُؤَبَّر، دخل في بيع النخل، وإن كان مُؤَبَّراً، لم يدخل، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «منْ باعَ نخلاً بعد أن تُؤَبر[(٤)] فثمرتُها للبائع إلاّ أن يشترطها المبتاع»[(٥)]، فجعلها للبائع بشرط أن

---

(١) وهذا التفريع على قول ابن أبي هريرة، وهو الوجه الأصح، أو على قول أبي إسحاق: إذا باع البئر والدار وأطلق فإن البيع صحيح، لأنه لا يستتبع الماء، والماء غير مملوك، فلا يدخل في البيع. (المجموع ١١/١٩٨).

(٢) النَفْط دهن كريه الرائحة بفتح النون وكسرها، والكسر أفصح، وهو يستخرج من باطن الأرض، وكان يستصبح به، واليوم له مشتقات لا تحصر من وقود السيارات والطائرات، والقار: أسود لزج يتخذ لطلي السفن الخشبية حتى لا يتأكل خشبها، ولا يتسرب الماء إليها، يقال: قار وقير. (النظم ١/٢٧٨، المجموع ١١/ ٢٠٤هـ).

(٣) والظاهر أنها لمن ملكت منه الدار، فإذا ادعاه فهو له، وإن لم يدّعه فهو لمن ملكه البائع منه، وعلى هذا أبداً. (المجموع ١١/ ٢٠٥).

(٤) تأبير النخل: تلقيحه، يقال: نخلة مؤبرة، والاسم منه الإبار على وزن الإزار، ويقال تأبر الغسيل إذا قبل الإبار، والفحال ذكر النحل، والجمع فحاحيل، وهو ما كان من ذكوره فحلاً لإناثه، ويقال فيه: فحل وفحول (النظم ١/٢٧٨، المجموع ١١/ ٢٢٥).

(٥) حديث ابن عمر رواه البخاري (٢/ ٧٦٨ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً قد أبرت)، ومسلم =

تكون مؤبرة، فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع، ولأن ثمرة النخل كالحمل، لأنه نماء كامن[١]، لظهوره غاية[٢]، كالحمل، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع، والحمل الظاهر لا يتبع، فكذلك الثمرة، قال الشافعي رحمه الله: وما شقق في معنى ما أُبر؛ لأنه نماء ظاهر، فهو كالمؤبر[٣]، وإن باع فَحّالا وعليه طلع لم يتشقق، ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يدخل في بيع الأصل؛ لأن جميع الطلع مقصود مأكول، وهو ظاهر، فلم يتبع الأصل كالتين، والثاني: أنه يدخل في بيع الأصل، وهو الصحيح؛ لأنه طلع لم يتشقق فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث[٤]، وما قاله الأول لا يصح؛ لأن المقصود ما فيه، وهو الكش الذي تلقح

= (١٠/ ١٩٠ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها تمر)، ورواه الشافعي (بدائع المنن ٢/ ١٧٣)، عن ابن عيينة، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، وهذا أصح الأسانيد وأحسنها كله أئمة علماء، وورد في بعض الروايات «من باع» وفي بعضها «من ابتاع» وفي بعضها «من اشترى» وكلها صحيحة سنداً ومتناً. (المجموع ١١/ ٢٢٤، ٢٢٥).

(١) قول المصنف: «نماء» احتراز عن الكنز والحجارة المدفونة والبذور، وقوله: «كامن» احتراز من الزرع، لأنه ظاهر من غير المؤبر، وكذا التين والعنب ونحوه. (المجموع ١١/ ٢٢٤).

(٢) قول المصنف: «لظهوره غاية» احتراز من الجوز واللوز والرمان والموز، لأنه لا غاية لخروجه من قشره، وإنما يظهر بكسره، فالرمان والموز للبائع قولاً واحداً، والجوز واللوز له على الصحيح المنصوص، فالثمرة المقصودة من هذه الأشياء لا تظهر إلاّ عند الأكل، وهذا معنى قولهم: «ليس لظهوره غاية» (المجموع ١١/ ٢٢٥). وسيرد ص ٤٩٤ هـ ٣.

(٣) هذا قياس جلي، لأن الاعتبار بظهور الثمرة، ولا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج، أو تشقق بالرياح اللواقح. (المجموع ١١/ ٢٣٩).

ويفهم من كلام الشافعي أن التأبير اسم لوضع طلح الفحال في الإناث بعد تشققها، لا لنفس التشقق، ولا التشقق، وهو معنى قول الأصحاب: إن وقت التأبير قائم مقام التأبير، وإن وضع الكش بعد تشقق التمرة ليس بشرط في سلامة ذلك للبائع، ولا عبرة للتشقق، ويكون ذكر التأبير غالباً. (المرجع السابق).

(٤) وهذا هو الوجه الصحيح، وقال بعض العلماء: إنه المنصوص. (المجموع ١١/ ٢٤٩، ٢٥١).

به الإناث[1]، وهو غير ظاهر، فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث.

فصل [بيع الحائط المؤبر بعضه]:

وإن باع حائطاً[2] أبر بعضه دون بعض، جعل الجميع كالمؤبر، فيكون الجميع للبائع؛ لأنا لو قلنا: إن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري أدى إلى سوء المشاركة، واختلاف الأيدي، فجعل ما لم يؤبر تبعاً للمؤبر؛ لأن الباطن يتبع الظاهر، ولم يجعل ما أبر تابعاً لما لم يؤبر؛ لأن الظاهر لا يتبع الباطن، ولهذا جعلنا أساس الدار تابعاً لظاهرها في تصحيح البيع، ولم نجعل ظاهرها تابعاً للباطن في إفساد البيع.

وقال أبو علي بن خيران: إن كان نوعاً واحداً جعل غير المؤبر تابعاً للمؤبر، وإن كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من أحد النوعين تابعاً للمؤبر من نوع آخر؛ لأن النوع الواحد يتقارب ظهوره، والنوعان يختلف ظهورهما، والمذهب الأول، لما ذكرناه من سوء المشاركة، واختلاف الأيدي، وذلك يوجد في النوعين، كما يوجد في النوع الواحد[3].

وأما إذا كان له حائطان، فأبر أحدهما دون الآخر، وباعهما، فإن المؤبر للبائع، وما لم يؤبر للمشتري، ولا يتبع أحدهما الآخر؛ لأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائط لا يؤدي إلى سوء المشاركة، واختلاف الأيدي، فاعتبر كل واحد منهما بنفسه[4]. وإن كان له حائط أطلع بعضه دون بعض، فأبر المطلع، ثم باع الحائط،

---

(١) الكُش هو ما في بطون طلع الفحال الذي يلقح الإناث، وهو ما ينتفض منه مثل الذريرة، وأصل الكشيش صوت الحية من جلدها لا من فيها، وكش الفحل إذا بدأ في الهدير، والفحّال بتشديد الحاء، وهو ذكر النخل، لا يقال: فحل، وقيل: يجوز الأمران في اللغة. (النظم ١/ ٢٧٩، المجموع ١١/ ٢٦١).

(٢) الحائط: هو البستان من النخيل. (المجموع ١١/ ٢٥٣).

(٣) وهو المذهب والأصح عند جمهور الأصحاب. (المجموع ١١/ ٢٥٤، ٢٥٥).

(٤) هذا هو الوجه المشهور الصحيح، وفيه وجه آخر أن أحد البستانين يتبع الآخر. (المجموع ١١/ ٢٥٥، ٢٥٦).

ثم أطلع الباقي، ففيه وجهان، قال أبو علي بن أبـي هريرة: ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر، بل يكون للمشتري؛ لأنه حادث في ملكه، فلا يصير للبائع، والثاني: أنه يتبع المؤبر، فيكون للبائع؛ لأنه من ثمرة عامة، فجعل تابعاً له، كالطلع الظاهر في حال العقد[1].

فإن أبر بعض الحائط دون بعض، ثم أفرد الذي لم يؤبر بالبيع، ففي طلعه وجهان، أحدهما: أنه للبائع؛ لأنا جعلناه في الحكم كالمؤبر، بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع، فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع، والثاني: أنه للمشتري؛ لأنه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه، فيصير تابعاً له، فأما إذا أفرده، فليس بتابع للمؤبر، فتبع أصله[2].

فصل [بيع الكرسف]:

قال الشافعي رحمه الله: والكُرْسُف[3] إذا بيع أصله كالنخل، وأراد به كرسف الحجاز، فإنه شجر يحمل في كل سنة، وتخرج ثمرته في كمام، وتتشقق عنه كالنخل، فإن باع وقد تشقق جوزه فهو للبائع، وإن لم يتشقق فهو للمشتري، وإن تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل[4]، وأما ما لا يحمل إلاَّ سنة، وهو قطن العراق، وخراسان، فهو كالزرع، ويجيء حكمه إن شاء الله تعالى.

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح أنه يتبع ويكون للبائع، وهو الموافق لنص الشافعي، والخلاف إذا كان الطلع من ذلك العام، أما إذا كان من طلع العام المستقبل فهو للمشتري بلا خلاف. (المجموع ١١/٢٥٨).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح أن الطلع للمشتري، أما إذا أفرد المؤبر بالبيع فلا إشكال أن ثمرته للبائع قولاً واحداً. (المجموع ١١/ ٢٦٠).

(٣) الكُرْسُف: هو القطن، ويقال له الكرسُف والبُرسف، وهو نوعان. (النظم ١/ ٢٧٩، المجموع ١١/ ٢٦١).

(٤) التشقق في الكرسف بمنزلة التأبير في النخل. (المجموع ١١/ ٢٦١).

فصل [بيع الشجر]:

وإن باع شجراً غير النخل والكُرْسُف[1]، لم يخل إما أن يقصد منه الورد، أو الورق، أو الثمرة، فإن كان يقصد منه الورد، فإن كان ورده يخرج في كمام، ثم ينفتح منه كالورد، فهو كالنخيل[2]، فإن كان في الكمام تبع الأصل في البيع، كالطلع الذي لم يؤبر، وإن كان خارجاً من الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر.

وإن كان لا كمام له كالياسمين، كان ما ظهر منه للبائع، وما لم يظهر للمشتري[3].

وإن كان مما يقصد منه الورق كالتوت[4]، ففيه وجهان، أحدهما: أنه إن لم ينفتح فهو للمشتري، وإن تفتح فهو للبائع؛ لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار، والثاني: أنه للمشتري، تفتح أو لم يتفتح؛ لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار، وليس كالثمر؛ لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه[5].

---

(١) هذا الفصل معقود لبيان ما يلحق بالنخل من الأشجار. (المجموع ١١/ ٢٦٤).

(٢) قسم المصنف وغيره الشجر إلى ثلاثة أضرب، ما يقصد منه الورد وهو نوعان، وما يقصد منه الورق، وما يقصد منه الثمرة وهذا على أربعة أنواع، وفيه نوع خامس هو النخل والكرسف الذي مر ذكره.
وبدأ بالنوع الأول من الضرب الأول، وإن ما يخرج في ورد أخضر لا يشاهد منه شيء، ثم بعد ذلك يتفتح فيشاهد ما تحته، فإن تفتح منه شيء فهو كالنخيل جميعه للبائع ما تفتح وما لم يتفتح في المشهور، فإن لم يتفتح منه شيء يكون للمشتري كالطلع. (المجموع ١١/ ٢٦٥، ٢٦٩).

(٣) هذا هو النوع الثاني، والظهور فيه بمنزلة التفتح في النوع الأول، وأن الياسمين كالورد، وأن ظهور بعضه كظهور كله، والياسمين بكسر السين، والأشهر جعل النون حرف إعراب، وفيه لغة بإعرابه بالياء والواو والنون. (المجموع ١١/ ٢٦٥، ٢٦٧).

(٤) التوت بتاءين معجمتين من فوق، شجر معروف، يعلفه دود القز، وله حمل أحمر طيب يؤكل، وهذا هو الضرب الثاني. (المجموع ١١/ ٢٦٦، النظم ١/ ٢٧٩).

(٥) وهذا هو الوجه الأصح، وأنه للمشتري بكل حال، وفي المسألة وجه ثالث بالتفصيل فيما يقصد ثمره دون ورقه، أو يقصد ورقه (المجموع ١١/ ٢٦٧).

وإن كان مما يقصد منه الثمرة، فهو على أربعة أضرب.

أحدها: ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام، كالتين والعنب فما ظهر منه فهو للبائع، لا يدخل في البيع من غير شرط، وما يظهر بعد العقد، فهو للمشتري؛ لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر، والباطن منه كالطلع الذي لم يؤبر.

والثاني: ما يخرج في كمام[(١)] لا يزال عنه إلاَّ عند الأكل، كالرمان، والموز، فهو للبائع، لأن كمامه من مصلحته فهو كأجزاء الثمرة.

والثالث: ما يخرج وعليه قشرتان، كالجوز، واللوز، والرانج[(٢)]، فالمنصوص: أنه كالرمان، لا يدخل في بيع الأصل، لأن قشره لا يتشقق عنه، كما لا يتشقق قشر الرمان[(٣)]، ومن أصحابنا من قال: هو كثمرة النخل الذي لم يؤبر؛ لأنه لا يترك في القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة في الطلع.

والرابع: ما يكون في نَوْر يتناثر عنه النور[(٤)]، كالتفاح والكُمثرى، فاختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق، والقاضي أبو حامد: هو كثمرة النخل إن تناثر عنه النور، فهو للبائع، وإن لم يتناثر عنه فهو للمشتري، وهو ظاهر قوله في «البويطي»، واختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله؛ لأن استتارها بالنور كاستتار الثمر في الطلع، وتناثر النور عنها، كتشقق الطلع عن الثمرة، فكان في

---

(١) كمام جمع كمة، والكمة وعاء الطلع والنور، والجمع كمام وأكمة وأكمام، ويكون جمع كِمّ بكسر الكاف. (النظم ١/ ٢٨٠).

(٢) الرانج: هو الجوز الهندي، وهو النارجيل، قال الجوهري: وما أظنه عربياً. (النظم ٢/ ١٨٠، المجموع ١١/ ٢٧١).

(٣) هذا هو الأصح المنصوص، ويكون الجميع للبائع إلاَّ أن يشترط المبتاع. (المجموع ١١/ ٢٧٢).

(٤) النور والنوار هو الزهر من جميع الأشجار، يقال: نوَّرت الشجرة وأنارت أي أخرجت نورها، يقال: نَوْر ونوار، وقيل: النور ما كان أبيض، والزهر ما كان أصفر. (النظم ١/ ٢٨٠، المجموع ١١/ ٢٧٤).

الحكم مثلها[1].

وقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: هو للبائع، وإن لم يتناثر النور عنها؛ لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر، واستتارها بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع، للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض، فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور.

فصل [بيع أرضٍ فيها نبات]:

وإن باع أرضاً، وفيها نبات[2] غير الشجر، فإن كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرَطْبة، والبنفسج، والنرجس، والنعنع، والهِندبا[3]، والبطيخ، والقثاء، دخل الأصل في البيع، وما ظهر منه فهو للبائع، وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار.

وإن كان مما لا يحمل إلاّ مرة كالحنطة، والشعير، لم يدخل في بيع الأصل؛ لأنه نماء ظاهر، لا يراد للبقاء، فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر.

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح وهو المذهب، وجعل أكثر الأصحاب الضابط في ذلك تناثر النور، ويجيء في المسألة وجه ثالث، وأكثر الأصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخوخ من هذا القسم. (المجموع ١١/ ٢٧٦، ٢٧٧).

(٢) النبات والزرع اسم لكل ما ينبت من الأرض، والمصنف ذكر النبات وهذا يشمل الزرع، وينقسم النبات والزرع إلى أصل وهو ضربان: شجر وغير شجر، وغير الأصل هو الزرع، أو أن النبات ضربان: شجر وغير شجر، فالشجر على ثلاثة أضرب، ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر، وقد مضى حكمها وأقسامها، وغير الشجر ضربان: أصل وغير أصل، وفي هذا الفصل حكمها. (المجموع ١١/ ٢٧٩).

(٣) النعنع بقلة معروفة، وكذلك النعناع بالألف، والهندبا: بقل أيضاً، والرَطْبة: القضب، وهو القتب أو الفصّة، يقال: هندبا، وهندبات، وقيل: الهندبا بكسر الدال يمد ويقصر له ورق عرضه دون الأصبعين، وطوله قدر فتر، يكون في البر والبساتين، فالبري له خضرة شديدة بالغة ملساء، تسميه الأطباء الطرخشوق، والعامة: المرار، والبستاني منه تعلو ورقَه غبرة، عصارتها نافعة، طبعها بارد يابس. (النظم ١/ ٢٨٠، المجموع ١١/ ٢٧٩).

وفي بيع الأرض طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان؛ لأنها في يد البائع إلى أن يحصد الزرع، فكان في بيعها قولان، كالأرض المستأجرة، ومنهم من قال: يصح بيع الأرض قولاً واحداً؛ لأن المبيع في يد المشتري؛ وإنما يدخل البائع للسقي أو الحصاد، فجاز بيعه قولاً واحداً كالأمة المزوجة[١].

وإن باع أرضاً فيها بذر[٢] لم يدخل البذر في البيع؛ لأنه مودع في الأرض، فلم يدخل في بيعها كالركاز، فإن باع الأرض مع البذر، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يصح تبعاً للأرض، والثاني: لا يصح، وهو المذهب، لأنه لا يجوز بيعه منفرداً، فلم يجز بيعه مع الأرض[٣].

فصل [بيع الأصل وعليه ثمرة]:

إذا باع أصلاً، وعليه ثمرة للبائع، لم يكلف قطع الثمرة[٤]، إلى أوان الجداد[٥]، فإن كان مما يقطع بسراً كالبسر الحِيسواني والقُرَشي[٦]، لم يكلف قطعه

---

(١) الطريقة الثانية هي الأصح، وعليها جمهور الأصحاب، وصححها الرافعي وغيره، وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع. (المجموع ١١/ ٢٩٣).

(٢) سمي البذر بذراً لتفريقه في الأرض، يقال ذهبت إبله شذر بذر، ومنه التبذير، وهو تفريق المال. (النظم ٢/ ٢٨٠).

(٣) وهذا هو الوجه الصحيح والمشهور من المذهب، فلا يصح البيع في البذر للجهالة، وبالتالي القطع ببطلان بيع الأرض. (المجموع ١١/ ٣٠٤).

(٤) وهذا يشمل النخل، وعليه ثمرة للبائع، والكرسف وعليه قطن للبائع، والشجر وعليه ثمرة، والأرض وفيها زرع للبائع، فلا يجبر البائع على قطع الثمرة والورد والزرع إلى أوان الجداد والحصاد. (المجموع ١١/ ٣٠٦).

(٥) المراد بالأصل الشجرة، والجداد والجذاذ بمعنى واحد وهو القطع، والجذاذ بكسر الجيم وفتحها، وأوان الجذاذ زمان صرم النخيل إذا يبس ثمرها، والصرام في النخل، والقطاف في الكرم، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ. (المجموع ١١/ ٣٠٦).

(٦) البسر الحيسواني والقرشي هما نوعان من التمر، معروفان بالعراق، والحيسواني أسود اللون، والقرشي أحمر لا يقطع إلاّ بسراً، قال السبكي: الجيسوان بكسر الجيم وآخره نون، من غير إضافة. (النظم ١/ ٢٨٠، المجموع ١١/ ٣٠٦).

إلى أن يصير بُسْراً، وإن كان مما لا يقطع إلاَّ رطباً، لم يكلف قطعه إلى أن يصير رطباً؛ لأن نقل المبيع على حسب العادة، ولهذا إذا اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح، وإن اشتراه في المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر، والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه، فلا يكلف القطع قبله.

فصل [النخل عطش وعليه ثمر]:

فإن أصاب النخل عطش، وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل، فيهلك، ففيه قولان، أحدهما: لا يكلف البائع قطع الثمرة؛ لأن المشتري دخل في العقد على أن يترك الثمار إلى الجداد، فلزمه تركه، والثاني: أنه يكلف قطعه؛ لأن المشتري إنما رضي بذلك إذا لم يضر به، فإذا أضر به لم يلزمه تركه[١].

فإن احتاج أحدهما إلى سقي ماله، ولم يكن على الآخر ضرر، جاز له أن يسقيه؛ لأنه إصلاح لماله من غير إضرار بأحد، فجاز، وإن كان على الآخر ضرر في السقي، وتشاحا، ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: يفسخ العقد؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الإضرار، فوجب أن يفسخ[٢]، وقال أبو علي بن أبي هريرة: يجبر الممتنع منهما؛ لأنه حين دخل في العقد رضي بدخول الضرر عليه؛ لأنه يعلم أنه لا بد من السقي، ويجب أجرة السقي على من يسقي؛ لأن منفعته تحصل له.

فصل [بيع الثمار والزرع بعد بدو الصلاح]:

ولا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»[٣]،

---

(١) وهذا أصح القولين، وأن البائع يجبر على القطع، أما إن كان الضرر يسيراً فيجبر المشتري عليه قولاً واحداً. (المجموع ١١/ ٣١٠).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح، صححه الرافعي وغيره. (المجموع ١١/ ٣١٦).

(٣) حديث ابن عمر رواه البخاري (٢/ ٧٦٦ كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو =

وروى ابن عمر رضي الله عنه أيضاً أن النبي ﷺ «نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى[1]، والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة»[2]، ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة، ولهذا لو اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح، والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجداد.

فإذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة، فتتلف، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز.

وإن باعها بشرط القطع جاز؛ لأنه يأخذه قبل أن يتلف، فيأمن الغرر.

وإن باع الثمرة مع الأصل، والزرع مع الأرض، قبل بدوّ الصلاح، جاز؛ لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل.

وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل، أو الزرع ممن يملك الأرض، ففيه وجهان، أحدهما: يصح؛ لأنه يحصل لمالك الأصل، فجاز كما لو باعها مع الشجر والأرض، والثاني: لا يصح؛ لأنه أفرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير

= صلاحها)، ومسلم (١١/ ١٧٨ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها)، ولفظة مسلم «بيع الثمر».

(١) تزهى: أي تحمر وتصفر، يقال: زهى يزهو، وأزهى يزهى، والحائط هو البستان، لأنه تحوط عليه بالحيطان، وهي الجدر، ومنه اشتقت الحياطة التي هي الحفظ، وقد حوّط كرمه تحويطاً أي بنى حوله. (النظم ١/ ٢٨١).

(٢) حديث ابن عمر أخرجه مسلم (١٠/ ١٧٨ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح)، وأبو داود (٢/ ٢٢٧ كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها)، والترمذي (٤/ ٤٢١ كتاب البيوع، باب كراهية بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها)، وأحمد (٢/ ٥) ووردت أحاديث في الصحيحين وغيرهما في المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح. (المجموع ١١/ ٣١٧).
والعاهة يعني الآفة التي ربما تصيب الزرع وتفسده، يقال: أعاه القوم وأعوهوا إذا أصاب ثمارهم أو ماشيتهم العاهة. (النظم ١/ ٢٨١).

شرط القطع، فأشبه إذا باعها من غير مالك الأصل[1].

وإن بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع، لحديث ابن عمر رضي الله عنه، ولأنه إذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح، فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى، ويجوز بيعها مطلقاً للخبر، ولأنه أمن من العاهة، فجاز بيعها مطلقاً كسائر الأموال.

ويجوز بيعها بشرط التبقية إلى الجُداد للخبر؛ ولأن إطلاق البيع يقتضي التبقية إلى أوان الجِداد، فإذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الإطلاق، فجاز.

فصل [بدو الصلاح]:

وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها، فإن كان رطباً بأن يحمر، أو يصفر، وإن كان عنباً أسود بأن يتموه[2]، وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو، وإن كان زرعاً بأن يشتد، وإن كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج، وإن كان قثاء بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل، والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيعِ الحبِّ حتى يشتدَّ، وعن بيعِ العِنَبِ حتى يسودَّ، وعن بيع الثمرة حتى تزهى»[3]، وروى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «نَهَى عنْ بيْعِ الثمرةِ حتى تُطعم»[4].

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح عند الجمهور، فلا يصح البيع (المجموع ١١/ ٣٣٣).

(٢) هذا له تأويلان، أحدهما: حتى تدور فيه الحلاوة، مأخوذ من الماء اللين، أصله ماه، والثاني: معناه يبدو فيه الصفرة، من موهت الفضة إذا صفرتها بالذهب. (النظم ١/ ٢٨١).

(٣) حديث أنس روى الفقرةَ الأخيرةَ البخاريُّ (٢/ ٧٦٦ كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها)، ومسلم (١٠/ ٢١٧ كتاب البيوع، باب وضع الحوائج)، وروى الترمذي القسمين الأوليين من الحديث، وقال: حسن غريب، وروى الجزء الأول عن ابن عمر (٤/ ٤٢٠، ٤٢٢ كتاب البيوع، باب كراهية بيع الثمرة)، وروى البيهقي الحديث كاملاً كما ذكره المصنف، لكن قدم ذكر الثمرة. (السنن الكبرى ٥/ ٣٠١).

(٤) حديث جابر رواه البخاري بلفظ «حتى تطيب» (٢/ ٧٦٤ كتاب البيوع، باب بيع الثمر على =

فإن وجد بدو الصلاح في بعض الجنس من حائط، جاز بيع ذلك الجنس كله في ذلك الحائط؛ لأنا لو قلنا: لا يجوز إلاَّ فيما بدا صلاحه فيه، أدى إلى المشقة، والضرر بسوء المشاركة.

ولا يجوز أن يبيع ما لم يبدُ فيه الصلاح من جنس آخر، ولا ما لم يبد فيه الصلاح من ذلك الجنس من حائط آخر؛ لأن المنع من ذلك لا يؤدي إلى الضرر، بسوء المشاركة.

فإن بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط، فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفرداً من غير شرط القطع، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح، فجاز إفراده بالبيع، والثاني: لا يجوز؛ لأنه إنما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح بيعاً، لما بدا فيه الصلاح، وما أجيز بيعه تبعاً لغيره، لم يجز إفراده بالبيع كالحمل[1].

فصل [تأجيل القطع لأوان الحصاد]:

إذا ابتاع زرعاً أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أوان الحصاد

= رؤوس النخل بالذهب والفضة)، ومسلم (١٠/ ١٨٠ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح)، ورواه مسلم بلفظ «حتى تطعم» (١٠/ ١٩٤ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة).

(١) وهذا هو الوجه الصحيح، وصححه القاضي أبو الطيب، وابن أبي عصرون، والرافعي. (المجموع ١١/ ٣٦٤).
وهناك صور كثيرة، ومسائل متعددة، والنظر في هذه المسائل كلها هو لسوء المشاركة عند الجمهور، وقال بعضهم: لعسر التمييز، ولا فرق في جميع المسائل بين الثمار والزروع، وإنما ذكرت الثمار والبستان على سبيل المثال، ولا بد في الجميع من وجود الصلاح، وإن إقامة وقت بدو الصلاح غير مراد بنفسه، وإنما هو محمول على وجه الصلاح، وأطلق الوقت أحياناً جرياً على العادة. (المجموع ١١/ ٣٦٥، ٣٦٧، ٣٦٨).

والجُذاذ[1]؛ لأن العادة فيها تركها إلى الحصاد والجِذاد، فلم يكلف نقله قبله، كما نقول فيمن اشترى متاعاً بالليل أنه لا يكلف نقله إلاَّ بالنهار.

فإن احتاجت الثمرة أو الزرع إلى السقي، لزم البائع ذلك؛ لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجذاذ والحصاد، وذلك لا يحصل إلاَّ بالسقي فلزمه[2].

فصـل [شراء ثمرة على الشجر]:

وإذا اشترى ثمرة على الشجر، فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى، واختلطت، ولم تتميز، أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت[3] عليها حنطة أخرى، ففيه قولان، أحدهما: ينفسخ البيع، وهو الصحيح؛ لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد، فإن البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله، فإن رضي البائع بتسليم ماله، لم يلزم المشتري قبوله، وإذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد، كما لو تلف المبيع، والثاني: لا ينفسخ؛ لأن المبيع باق، وإنما انضاف إليه زيادة، فصار كما لو باع عبداً فسمن أو شجرة فكبرت[4].

فإن قلنا: لا ينفسخ، قلنا للبائع: إن سمحت بحقك، أقر العقد، وإن لم تسمح، فسخ العقد.

---

(١) الجذاذ بضم الجيم وكسرها، والجذاذ قطع الثمرة، والحصاد في الزرع، يقال: قد أجذ النخل، أي حـان له أن يُجـذ، وهذا زمـان الجذاذ، وجدَّ الشيء إذا قطعه، وكذا الجذاذ في الرطبة هو قطعها أيضاً. (النظم ١/ ٢٨١).

(٢) وفي المسألة وجه آخر أن السقي على المشتري، لأن الثمرة له، لكن المذهب أن السقي على البائع إلى أوان الجذاذ، إلاَّ إذا اشترط المشتري القطع فوراً. (المجموع ١١/ ٣٦٩، ٣٧٠).

(٣) انثالت أي انصبت، وانثال التراب إذا انصب، وانثال عليه الناس انصبوا. (النظم ١/ ٢٨٢، المجموع ١١/ ٣٩١).

(٤) هذا القول الثاني هو الأصح، خلافاً لما صححه المصنف وجماعة، وهذا القول الثاني هو اختيار المزني، وقال الغزالي والرافعي عنه: إنه الأظهر، وكذلك الجرجاني، ولأن التسليم غير متعذر، وحكى الروياني طريقة ثالثة. (المجموع ١١/ ٣٧٣).

وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع، فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري، واختلطت، ولم تتميز، ففيه طريقان، قال أبو علي بن خيران، وأبو علي الطبري: لا ينفسخ العقد قولاً واحداً، بل يقال: إن سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد؛ لأن المبيع هو الشجر، ولم يختلط الشجر بغيره، وإنما اختلط ما عليها من الثمرة، والثمرة غير مبيعة، فلم ينفسخ البيع، كما لو اشترى داراً وفيها طعام للبائع، وطعام للمشتري، فاختلط أحد الطعامين بالآخر، فإن البيع لا ينفسخ في الدار، وقال المزني وأكثر أصحابنا: إنها على قولين كالمسألة قبلها؛ لأن المقصود بالشجر هو الثمرة، فكان اختلاطها كاختلاط المبيع[1].

وإن اشترى رطبة بشرط القطع، فلم يقطع حتى زادت وطالت، ففيه طريقان، أحدهما: أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً، بل يقال للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد، وإن لم تسمح فسخ العقد؛ لأنه لم يختلط المبيع بغيره، وإنما زاد المبيع في نفسه، فصار كما لو اشترى عبداً صغيراً فكبر، أو هزيلاً فسمن، والثاني: وهو الصحيح[2]، أنه على قولين، أحدهما: لا ينفسخ البيع، والثاني ينفسخ[3]، ويخالف السِّمن والكبر في العبد، فإن تلك الزيادة لا حكم لها، ولهذا يجبر البائع على تسليم العبد مع السمن والكبر، ولهذه الزيادة حكم، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها، فدل على الفرق بينهما.

---

(١) الراجح أن في المسألة قولين، وأنهما موجودان في «الأم». (المجموع ١١/٣٨٣)، واختلف الأصحاب في ترجيح أحد القولين على الآخر، والأكثر على ترجيح عدم الانفساخ، لأن ما حدث لا يؤثر على المبيع، ويثبت الخيار للبائع والمشتري، فمن قبل منهما أجبر الآخرين عليه. (المجموع ١١/٣٨٣، ٣٨٥).

(٢) والأصح أن المسألة على قولين، وهو رأي جمهور الأصحاب، والزيادة للبائع باتفاق الطريقتين. (المجموع ١١/٣٨٦).

(٣) قال ابن أبي عصرون: الأصح الانفساخ، ويفسخه الحاكم. (المجموع ١١/٣٨٧).

فصل [باع أحد الحملين من الشجر]:

وإن كان له شجرة تحمل حَملين[1]، فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح، وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر، ويختلط به ولا يتميز، فالبيع باطل، وقال الربيع: فيه قول آخر، أن البيع يصح، ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جزة من الرطبة، فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر، أن البيع يصح في أحد القولين، والصحيح: هو الأول[2]؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه؛ لأن العادة فيها الترك، فإذا ترك اختلط به غيره، فتعذر التسليم، بخلاف الرطبة فإنه باعها بشرط القطع، فلا يتعذر التسليم.

باب
بيع المصراة والرد بالعيب[3]

إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مُصَرَّاة، ولم يعلم بأنها مصراة، ثم علم أنها مصراة، فهو بالخيار بين أن يمسك، وبين أن يرد، لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تُصرُّوا الإبل والغنم للبيع، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير

(1) الحَمْل: بفتح الحاء ما كان على الشجر أو في البطن، والحِمل بالكسر ما كان على الظهر مثل حِمل البعير. (النظم ١/ ٢٨٢).
(2) وهذا هو الصحيح المشهور المنصوص في «الأم» بأن البيع باطل. (المجموع ١١/ ٣٩٢).
(3) المصراة: هي التي لا تحلب أياماً حتى يجتمع اللبن في ضرعها، وأصل التصرية الحبس، يقال: صر الماء في ظهره زماناً إذا حبسه، وصرى الرجل الماء في صلبه إذا امتنع من الجماع، ويقال: ماء صري إذا اجتمع في محبس فتغير لطول المكث، وفسرها الشافعي بأنها التي تصر أخلافها، ولا تحلب أياماً، فمن جعله من الصر، قال: كانت المصراة في الأصل مصررة، فاجتمعت ثلاث راآت فأبدلت إحداهن ياء، كما قالوا في تظننت: تظنيت، من الظن، فلما تحركت الياء، وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً. (النظم ١/ ٢٨٢، المجموع ١٢/ ١٠).
وقال البخاري: «والمصراة التي صري لبنها وحقن فيه، وجمع فلم يحلب أياماً» (صحيح البخاري ٢/ ٧٥٥).

النَظَرين بعْدَ أن يحلُبَها ثلاثاً، إنْ رَضِيَها أمْسَكها، وإن سخطها ردَّها وصاعاً من تمر»[1]، وروى ابن عمر أن النبـي ﷺ قال: «من ابتاع مُحَفَّلَةً[2] فهو بالخيار ثلاثةَ أيامٍ، فإن ردها ردَّ معها مثلَ أو مثليْ لبنها قمحاً»[3].

واختلف أصحابنا في وقت الرد، فمنهم من قال: يتقدر الخيار بثلاثة أيام، فإن علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار في بقية الثلاث للسُنَّة، ومنهم من قال: إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفوْر، فإن لم يرد سقط خياره؛ لأنه خيار ثبت لنقص، فكان على الفور كخيار الرد

---

(١) هذا الحديث رواه البخاري بلفظ «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر». (٢/ ٧٥٥ كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يُحفل الإبل)، ومسلم بلفظ «من اشترى شاة مصراة فلينقلب بها فليحلبها، فإن رضي بها حِلابها أمسكها، وإلاَّ ردها، ومعها صاع تمر»، وألفاظ أخرى (١٠/ ١٦٥ كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة)، ومالك (ص ٤٢٤ كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه من المساواة والمبايعة)، والشافعي (بدائع المنن ٢/ ١٥٨)، والبيهقي (٢/ ٣٢٠)، وأبو داود (٢/ ٢٤٢ كتاب البيوع، باب من اشترى مصراة فكرهها)، وبقية أصحاب السنن والبيهقي أيضاً (٢/ ٣١٨).

قال السبكي: «وليس في شيء من ألفاظهم، ولا في غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذي أورده المصنف هكذا». (المجموع ١٢/ ٣).

ثم قال: «وأصل الحديث ثابت متفق عليه... أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبـي هريرة». (المجموع ١٢/ ٥).

وقوله: «تُصَروا» بضم التاء وفتح الصاد وبعد الراء المشددة واو، وفتح لام الإبل. (المجموع ١٢/ ٨).

(٢) المحفَّلة: مثل المصراة، من حفل القوم واحتفلوا إذا اجتمعوا (النظم ١/ ٢٨٢).

(٣) حديث ابن عمر رواه أبو داود (٢/ ٢٤٣ كتاب البيوع، باب من اشترى مصراة فكرهها)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٣ كتاب التجارات، باب بيع المصراة). قال الخطابـي: «وليس إسناده بذاك، قال الحافظ: والأمر كما قال». (المجموع ١١/ ٦)، ورواه البخاري عن ابن مسعود بلفظ آخر (٢/ ٧٥٥ كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل)، ورواه البيهقي من حديث أنس بلفظ آخر (٥/ ٣١٩).

بالعيب[١].

فـصـل [ردّ بدل اللبن]:

فإن اختار رَدَّ المصرَّاة ردَّ بدلَ اللبن الذي أخذه، واختلفت الرواية فيه، فروى أبو هريرة «صاعاً من تمر»[٢]، وروى ابن عمر «مثل أو مثلي لبنها قمحاً»[٣].

واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس بن سريج: يرد في كل بلد من غالب قوته، وحمل حديث أبـي هريرة على من قوت بلده التمر، وحديث ابن عمر على من قوت بلده القمح، كما قال في زكاة الفطر: «صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير»[٤]، وأراد التمر لمن قوته التمر، والشعير لمن قوته الشعير، وقال أبو إسحاق: الواجب صاع من التمر[٥]، لحديث أبـي هريرة، وتأول حديث ابن

---

(١) أكثر الأصحاب الذين حكوا الخلاف لم يصححوا قولاً لتعدد الروايات في الحديث، وصحح الرافعي وغيره القول الثاني بأنه على الفور، وأن التصرية عيب، وصرح السبكي بترجيح الأول وأن الخيار خيار شرع، وقال: «وأصحهما وأوفقهما للحديث ولنص الشافعي قول أبـي حامد (أي الأول)... وخالفت الرافعي رحمه الله في التصحيح». (المجموع ١٢/٢٧، ٢٨، ٢٩)، والذي تقتضيه قواعد المذهب ترجيح الرافعي، وفي المسألة كلام طويل. (انظر: المجموع ١٢/ ٢٧ ــ ٤١).

(٢) مر حديث أبـي هريرة ص ١٠٨ هـ ١.

(٣) مر حديث ابن عمر ص ١٠٨ هـ ٣، وأن رواية ابن عمر غير قوية. (المجموع ١٢/ ٤١).

(٤) مر حديث ابن عمر في زكاة الفطر ج ١ ص ٥٣٧ هـ ٢، و ص ٥٤٣ هـ ٥.

(٥) هذا هو الوجه الأصح الذي رجحه الرافعي والنووي. (المجموع ١٢/٤٦)، وانظر (المجموع ١٢/٤٢)، وإن الأقوال في تعيين جنس المردود فيها سبعة أوجه (المجموع ١٢/٤٧) ، ثم قال السبكي: «الصحيح أن الواجب هو التمر، لأن الأحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر، والتي فيها الطعام مطلقاً محمولة عليه، لأن المطلق محمول على المقيد». (المجموع ١٢/٤٨)، وأن في مقدار الواجب وجهان، أصحهما أن الواجب صاع قلَّ اللبن أو كثر، وهو ما نص عليه الشافعي. (المجموع ١٢/ ٥٠)، والصاع يقرب من ٢,٧ كيلو، ومر سابقاً.

عمر عليه إذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع من التمر، فتطوع به.

وإن كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر، ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: يجب عليه قيمة صاع بالحجاز، لأنا لو أوجبنا صاعاً بقيمة الشاة حصل للبائع الشاةُ وبدلُها، فوجب قيمةُ الصاع بالحجاز؛ لأنه هو الأصل، ومن أصحابنا من قال: يلزمه الصاع، وإن كان بقيمة الشاة، أو أكثر، ولا يؤدي إلى الجمع بين الشاة وبدلها؛ لأن الصاع ليس ببدل عن الشاة، وإنما هو بدل عن اللبن، فجاز[1]، كما لو غصب عبداً فخصاه، فإنه يرد العبد مع قيمته، ولا يكون ذلك جمعاً بين العبد وقيمته؛ لأن القيمة بدل عن العضو المتلف.

وإن كان ما حلب من اللبن باقياً، فأراد ردَّه، ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: لا يجبر البائع على أخذه؛ لأنه صار بالحلب ناقصاً؛ لأنه يسرع إليه التغير، فلا يجبر على أخذه[2]، ومن أصحابنا من قال: يجبر، لأن نقصانه حصل لمعنى يستعلم به العيب، فلم يمنع الرد، ولأنه لو لم يجز ردُّه لنقصانه بالحلب لم يجز إفراد الشاة بالرد؛ لأنه إفراد بعض المعقود عليه بالرد، فلما جاز ذلك ههنا، وإن لم يجز في سائر المواضع، جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه بالحلب، وإن لم يجز في سائر المواضع.

فـصـل [شراء الجارية المصراة]:

وإن اشترى جارية مصراة، ففيه أربعة أوجه، أحدها: أنه يردُّها ويردُّ معها صاعاً؛ لأنه يقصد لبنها، فثبت بالتدليس له فيه الخيار، والصاع كالشاة، والثاني: أنه يردها؛ لأن لبنها يقصد لتربية الولد، ولم يسلم له ذلك، فثبت له الردّ، ولا يرد

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح برد الصاع، وإن زادت قيمته على قيمة الشاة للحديث، وإطلاق نص الشافعي يقتضي ذلك، وصححه الجرجاني والرافعي وابن أبـي عصرون. (المجموع ١٢/ ٦٤).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح بأنه لا يجب على البائع أخذه. (المجموع ١٢/ ٧٣).

بدله، لأنه لا يباع، ولا يقصد بالعوض[1]، والثالث: لا يردُّها، لأن الجارية لا يقصد في العادة إلاَّ عينها دون لبنها، والرابع: لا يردُّها، ويرجع بالأرش؛ لأنه لا يمكن ردُّها مع عوض اللبن؛ لأنه ليس للبنها عوض مقصود، ولا يمكن ردها من غير عوض؛ لأنه يؤدي إلى إسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل، ولا يمكن إجبار المبتاع على إمساكها بالثمن المسمى؛ لأنه لم يبذل الثمن إلاَّ ليسلم له ما دلس به من اللبن، فوجب أن يرجع على البائع بالأرش، كما لو وجد بالمبيع عيباً، وحدث عنده عيب.

فـصـل [شراء أتان مصراة]:

وإن اشترى أتاناً مصراة، فإن قلنا بقول الإصطخري: إن لبنها طاهر، ردَّها وردَّ معها بدل اللبن، كالشاة، وإن قلنا بالمنصوص أنه نجس، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يردها، ولا يرد بدل اللبن؛ لأنه لا قيمة له، فلا يقابل ببدل[2]، والثاني: يمسكها، ويأخذ الأرش؛ لأنه لا يمكن ردها مع البدل؛ لأنه لا بدل له، ولا ردها من غير بدل، لما فيه من إسقاط حق البائع من لبنها، ولا إمساكها بالثمن؛ لأنه لم يبذل الثمن إلاَّ لتسلم له الأتان مع اللبن، ولم تسلم، فوجب أن تمسك، ويأخذ الأرش.

فـصـل [شراء شاة بشرط الحليب]:

إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرطال، ففيه وجهان، بناء على القولين فيمن باع شاة، وشرط حملها، أحدهما: لا يصح؛ لأنه شرط مجهول،

---

(١) وهذا الوجه الثاني هو أصح الأوجه الأربعة عند الرافعي وغيره، فيرد الجارية، ولا يرد بدل اللبن. (المجموع ١٢/ ٨١).
والكلام في هذا الفصل والذي يليه أن التصرية ليست خاصة بالإبل والغنم. (المجموع ١٢/ ٧٧، ٨١).

(٢) وهذا هو الوجه الصحيح، فيردها ولا يرد معها شيئاً. (المجموع ١٢/ ٨٤).

فلم يصح[1]، والثاني: أنه يصح؛ لأنه يعلم بالعادة، فصح شرطه، فعلى هذا إذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الإمساك والرد.

فصل [شراء جارية بصفة]:

إذا ابتاع جارية قد جُعِّد شعرها، ثم بان أنها سَبْطة [الشعر][2] أو سُوِّد شعرها، ثم بان بياض شَعْرها، أو حُمِّر وجهُها ثم بان صفرة وجهها، ثبت له الرد؛ لأنه تدليس[3] بما يختلف به الثمن؛ فثبت به الخيار كالتصرية؛ وإن سُبِّط شعرها، ثم بان أنها جعدة، ففيه وجهان، أحدهما: لا خيار له؛ لأن الجعدة أكمل، وأكثر ثمناً[4]، والثاني: أنه يثبت له الخيار، لأنه قد تكون السَّبْطة أحب إليه، وأحسن عنده، وهذا لا يصح، لأنه لا اعتبار به، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن، والجعدة أكثر ثمناً من السبطة.

وإن ابتاع صبرة، ثم بانَ أنها كانت على صخرة، أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة، ثبت له الرد، لما ذكرناه من العلة في المسألة قبلها[5].

(١) وهذا هو الوجه والقول الأصح بعدم صحة البيع، وأن البيع يبطل قطعاً، وإن وجد فرق بين اللبن والحمل. (المجموع ١٢/٨٦، ٨٧).

(٢) سبطة الشعر أي مسترسل غير جعد، يقال: شعر سِبِط بالكسر وسبْط بالسكون، وقيل الجعودة تدل على قوة الجسم، والسبوطة تدل على ضعفه. (النظم ١/٢٨٣، المجموع ١٢/٨٩).

(٣) التدليس في البيع هو كتمان عيب السلعة عند المشتري، والمدالسة كالمخادعة، يقال: فلان لا يدالسك، أي لا يخادعك، مأخوذ من الدلسة، وهي الظلمة، وقيل: هو إخفاء العيب. (النظم ١/٢٨٣).

(٤) وهذا هو الوجه الأصح، لأن الخيار يثبت إذا أخلف الشرط لصفة أكمل. (المجموع ١٢/٩٤).

(٥) والوجه الأصح ثبوت الخيار للمشتري، وهو الذي نص عليه الشافعي. (المجموع ١٢/٩٧).

فصل [بيان العيب في المبيع]:

ومن ملك عيناً، وعلم بها عيباً، لم يجز أن يبيعها حتى يُبيِّن عيبها، لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه، قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «المسلمُ أخو المسلمِ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً، إلاَّ بيَّنه له»[1]، فإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يُبيِّن ذلك لمن يشتريه، لما روى أبو سباع قال: اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع، فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال: هل بين لك ما فيها؟ قلت: وما فيها؟إنها لسمينة ظاهرة الصحة، فقال: أردت بها سفراً أم أردت بها لحماً، قلت أردتُ عليها الحج، قال: إن بخفها نَقبا[2]، قال صاحبها: أصلحك الله ما تريد إلى هذا، تفسد عليَّ قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحلُّ لأحدٍ يبيع شيئاً إلاَّ بين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلاَّ بينه»[3]، فإن باع ولم يبين العيب، صح البيع؛ لأن النبي ﷺ صحح البيع في

---

(١) حديث عقبة رواه ابن ماجه (٢/ ٧٥٥ كتاب التجارات، باب من باع عيباً فليبينه)، والحاكم (المستدرك ٢/ ٨)، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، والبيهقي (٥/ ٣٢٠)، ورواه البخاري معلقاً وموقوفاً على عقبة (٢/ ٧٣٢ كتاب البيوع، باب إذا بيّن البيعان).
قال السبكي: «وأما حكم (الحاكم) بالصحة فصحيح، لأن رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح، ولا يظهر فيه علة قادحة... وأما قوله: «على شرط الشيخين» ففيه نظر، نعم هذا الحديث على شرط مسلم». (المجموع ١٢/ ١٠٤، ١٠٥).
وليس في رواية ابن ماجه والحاكم التقييد بالعلم كرواية المصنف، والعلم لا بد منه في التكليف، لكن ترك ذلك في الحديث أبلغ في الزجر عن ذلك، وأدعى إلى الاحتياط والاحتراز. (المجموع ١٢/ ١٠٥).

(٢) نَقَبا بالتحريك، ونقب البعير إذا رقت أخفافه، وأنقب الرجل إذا نقب بعيره، ونقب الخف الملبوس إذ تخرق. (النظم ١/ ٢٨٤، المجموع ١٢/ ١٠٩).

(٣) حديث واثلة أخرجه الحاكم، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. (المستدرك ٢/ ٩). =

المصراة، مع التدليس[1] بالتصرية[2].

فصل [خيار العيب]:

فإن لم يعلم بالعيب، واشتراه، ثم علم بالعيب، فهو بالخيار بين أن يمسك، وبين أن يرد؛ لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم، ولم يسلم له ذلك، فثبت له الرجوع بالثمن، كما قلنا في المصراة[3].

فإن ابتاع شيئاً ولا عيب به ثم حدث به عيب في ملكه، نظرتَ: فإن كان حدث قبل القبض، ثبت له الردّ؛ لأن المبيع مضمون على البائع، فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب، كما قبل العقد، وإن حدث العيب بعد القبض، نظرتَ: فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض، لم يثبت له الردُّ؛ لأنه دخل المبيع في ضمانه، فلم يردّ بالعيب الحادث، وإن استند إلى ما قبل القبض، بأن كان عبداً فسرق، أو قطع يداً قبل القبض، فقطعت يدُه بعد القبض، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يرد، وهو قول أبـي إسحاق، لأنه قطع بسبب كان قبل القبض، فصار كما لو قطع قبل

= قال السبكي: «وفي حكمه بصحته نظر. . . ، وقد وردت أحاديث في المعنى غير ما ذكر المصنف». (المجموع ١٢/١٠٦)، وأبو سباع شامي تابعي، والحديث رواه البيهقي أيضاً (٥/ ٣٢٠).

(١) المراد من التدليس إخفاء العيب، مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة، فالتدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري بذلك العيب الباطن ويكتمه. (المجموع ١٢/١٠٩).

(٢) التدليس حرام، والبيع عند كتمان العيب محرم، ويجب بيانه سواء كان المشتري مسلماً أو كافراً، ويصح البيع مع المعصية، أما لو اشترط السلامة فكانت معيبة، أو شرط وصفاً، وأخلف، فالمشهور الصحة مع ثبوت الخيار كحالة الإطلاق. (المجموع ١٢/ ١١٠، ١١١، ١١٢، ١١٥).

(٣) اقتصر المصنف على الاحتجاج بالقياس في ثبوت الرد بالعيب، وفي ذلك حديث سيذكره المصنف بعد ذلك، وأجمع المسلمون عليه. (المجموع ١٢/ ١١٧).

القبض[1]، والثاني: أنه لا يرد، وهو قول أبـي علي بن أبـي هريرة؛ لأن القطع وجد في يد المشتري، فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله.

فـصـل [بقاء المبيع المعيب على حاله]:

إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً، لم يخل إما أن يكون المبيع باقياً على جهته، أو زاد، أو نقص.

فإن كان باقياً على جهته[2]، وأراد الرد لم يؤخره، فإن أخره من غير عذر سقط الخيار[3]؛ لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور، كخيار الشفعة.

فإن كان المبيع دابة فساقها ليردها، فركبها في الطريق، أو علفها، أو سقاها، لم يسقط حقه من الرد؛ لأنه لم يرض بالعيب، ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقي، وذلك حق له إلى أن يرد، فلم يمنع الرد.

وله أن يرد بغير رضى البائع، ومن غير حضوره؛ لأنه رفع عقد جعل إليه، فلا يعتبر فيه رضى صاحبه، ولا حضوره، كالطلاق.

فإن اشترى ثوباً بجارية، فوجد بالثوب عيباً، فوطىء الجارية، ففيه وجهان، أحدهما: أنه ينفسخ البيع، كما ينفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطء، والثاني: لا ينفسخ؛ لأن الملك قد استقر للمشتري فلا يجوز فسخه إلاّ بالقول[4].

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح، فله أن يرد ويسترجع جميع الثمن، لكن يجب تقييده بأن المشتري لا يعلم ذلك. (المجموع ١٢/ ١٢٧).

(٢) جهته: أي حالته، وليس من الجهة التي هي المكان. (النظم ١/ ٢٨٤).

(٣) المراد أن يبادر على العادة، ولا يؤمر بالركض والعَدْوِ ليرد، ولو كان مشغولاً بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ، وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور، فاشتغل بها فلا بأس. (المجموع ١٢/ ١٣٧).

(٤) الوجه الثاني هو الأصح بعدم الانفساخ، وأن الوطء حرام على المذهب، وإن قلنا يحصل به الفسخ على الوجه الأول. (المجموع ١٢/ ١٥٩، ١٦٠).

فإن زال العيب قبل الرد، ففيه وجهان، بناء على القولين في الأمة إذا أعتقت تحت عبد، ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ، أحدهما: يسقط الخيار؛ لأن الخيار ثبت لدفع الضرر، وقد زال الضرر[١]، والثاني: لا يسقط؛ لأن الخيار ثبت بوجود العيب، فلا يسقط من غير رضاه.

وإن قال البائع: أنا أزيل العيب، مثل أن يبيع أرضاً فيها حجارة مدفونة، يضر تركها بالأرض، فقال البائع: أنا أقلع ذلك في مدة لا أجرة لمثلها، سقط حق المشتري من الردِّ لأن ضرر العيب يزول من غير إضرار.

وإن قال البائع: أمسك المبيع، وأنا أعطيك أرش[٢] العيب، لم يجبر المشتري على قبوله؛ لأنه لم يرض إلاَّ بمبيع سليم بجميع الثمن، فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن.

وإن قال المشتري: أعطني الأرش لأمسك المبيع، لم يجبر البائع على دفع الأرش؛ لأنه لم يبذل المبيع إلاَّ بجميع الثمن، فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن.

فإن تراضيا على دفع الأرش لإسقاط الخيار، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز، وهو قول أبـي العباس؛ لأن خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال[٣]، وهو إذا

---

(١) الوجهان مشهوران في المذهب، ونقل أنهما طريقان في المذهب، والأصح هو الوجه الأول بسقوط الخيار. (المجموع ١٢/ ١٦١).

(٢) الأرش في اللغة: أصله الهرش فأبدلت الهاء همزة، والأرش هو البدل، وأصله دية الجراحة وما يجب فيها، وسمي أرشاً لأن المبتاع إذا وقف على العيب وقع بينه وبين البائع أرش أي خصومة، يقال: أرشت بين القوم إذا ألقيت بينهم الشر، وأغريت بعضهم ببعض. (النظم ١/ ٢٨٤، المجموع ١٢/ ١٦٧).

(٣) حكى ابن سريج هذا الوجه عن المذهب القديم، والراجح هو الوجه الثاني بمنع ذلك، وهو المنصوص، وقال المصنف: «إنه المذهب» تبعاً للشيخ أبـي حامد. (المجموع ١٢/ ١٦٥).

حدث عند المشتري عيب فجاز إسقاطه إلى المال بالتراضي، كالخيار في القصاص، والثاني: لا يجوز، وهو المذهب؛ لأنه خيار فسخ فلم يجز إسقاطه بمال، كخيار الشرط، وخيار الشفعة، فإن تراضيا على ذلك، وقلنا إنه لا يجوز، فهل يسقط خياره؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يسقط؛ لأنه رضي بإمساك العين مع العيب، والثاني: لا يسقط، وهو المذهب؛ لأنه رضي بإسقاط الخيار بعوض، ولم يسلم له العوض، فبقي الخيار[١].

وإن أراد أن يرد بعضه لم يجز؛ لأن على البائع ضرراً في تبعيض الصفقة عليه، فلم يجز من غير رضاه.

وإن اشترى عبدين، فوجد بأحدهما عيباً، فهل له أن يفرده بالرد؟ فيه قولان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه تبعيض صفقة على البائع، فلم يجز من غير رضاه[٢]، والثاني: يجوز؛ لأن العيب اختص بأحدهما، فجاز أن يفرده بالرد.

وإن ابتاع اثنان عبداً فأراد أحدهما أن يمسك حصته، وأراد الآخر أن يرد حصته، جاز؛ لأن البائع فرق الملك في الإيجاب لهما، فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر، كما لو باع منهما في صفقتين[٣].

فإن مات من له الخيار انتقل إلى وارثه؛ لأنه حق لازم يختص بالمبيع[٤]، فانتقل بالموت إلى الوارث كحبس المبيع إلى أن يحضر الثمن.

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح في بقاء الخيار. (المجموع ١٢/ ١٦٧).

(٢) وهذا هو القول الأصح بأنه ليس له ذلك، وهو المنصوص عليه في «الأم» في كتاب الصلح، وهو قول جمهور الأصحاب فيردهما جميعاً أو يمسكهما جميعاً. (المجموع ١٢/ ١٧١).

(٣) وهذا هو القول الظاهر المنقول عن النص الجديد، ومنه الأخذ أن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري وهو الأصح، والقول الثاني يحكى عن «القديم» وأنه ليس له الانفراد بالرد. (المجموع ١٢/ ١٨٢).

(٤) قوله: «لازم» احتراز من الحقوق الجائزة التي تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الإقالة، وقوله: «يختص بالمبيع» احتراز من خيار الرجوع في الهبة.

فإن كان له وارثان فاختار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر، لم يجز؛ لأنه تبعيض صفقة في الرد، فلم يجز من غير رضا البائع، كما لو أراد المشتري أن يرد بعض المبيع[1].

فـصـل [الزيادة والنقص في المبيع المعيب]:

وإن وجد العيب وقد زاد المبيع، نظرتَ: فإن كانت الزيادة لا تتميز، كالسِّمَن، واختار الردَّ، ردَّ مع الزيادة، لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك، فلا يجوز أن تردَّ دونها.

وإن كانت زيادة منفصلة، كأكساب العبد، فله أن يردَّ ويمسك الكسب، لما روت عائشة رضي الله عنها، أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم به، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبـي ﷺ، وردَّ عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استغل غلامي[2]، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»[3].

---

(١) وهذا هو الصحيح وقطع به جماعة، وصححه الرافعي وغيره، وفيه وجه آخر بانفراد أحد الوارثين برد نصيبه. (المجموع ١٢/ ١٩٥).

(٢) قوله: «استغل غلامي» أي أخذ كسبه بمنزلة غلة الأرض، وهو الخارج أيضاً. (النظم ١/ ٢٨٥).

(٣) حديث عائشة رواه أبو داود (٢/ ٢٥٥ كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان)، والحاكم، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه (المستدرك ٢/ ١٥)، والشافعي (بدائع المنن ٢/ ١٦٤).

ورواه الترمذي مختصراً (٤/ ٥٠٧ كتاب البيوع، باب فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً)، ثم فسر الترمذي الحديث فقال: «وتفسير الخراج بالضمان هو الرجل الذي يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيباً فيرده على البائع، فالغلة للمشتري، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري، ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان». (جامع الترمذي ٤/ ٥٠٨ ــ ٥٠٩)، ورواه النسائي مختصراً أيضاً (٧/ ٢٢٣ كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان)، ورواه ابن حبان. (انظر: الأشباه والنظائر ص ١٣٥). =

وإن كان المبيع بهيمة، فحملت عنده وولدت، أو شجرة فأثمرت عنده، ردَّ الأصل وأمسك الولد والثمرة؛ لأنه نماء منفصل حدث في ملكه، فجاز أن يمسكه، ويرد الأصل، كغلة العبد.

وإن كان المبيع جارية، فحملت عنده وولدت، ثم علم بالعيب ردَّها، وأمسك الولد، لما ذكرناه، ومن أصحابنا من قال: لا يردُّ الأم، بل يرجع بالأرش؛ لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز، وهذا لا يصح[1]؛ لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة، ولهذا قال الشافعي رحمه الله في الجارية المرهونة: إنها تباع دون الولد.

فإن اشتراها وهي حامل، فولدت عنده، فإن قلنا: إن الحمل له حكم، رد الجميع، وإن قلنا: لا حكم للحمل، ردَّ الأم دون الولد[2].

وإن كان المبيع جارية ثيباً، فوطئها، ثم علم بالعيب، فله أن يردها؛ لأنه انتفاع لا يتضمن نقصاً، فلم يمنع الرد، كالاستخدام[3].

= أو أن معنى «الخراج بالضمان» أي أنه يستحق الكسب بما التزمه من ضمان العين لو هلكت. (النظم ١/ ٢٨٥).

(١) رجح كثير من الأصحاب الوجه الأول في جواز الرد، وقالوا: إنه أصح وأشهر في المذهب، وأنه مقتضى إطلاق نص الشافعي، ولكن السبكي والرافعي وآخرين رجحوا القول الثاني بمنع الرد، وأنه أقيس، ولا يفرق بين الأم وولدها، وأن الرد بالعيب ليس ضرورياً ولا مسوغاً للتفريق، فالأصح امتناع الرد وامتناع التفريق، خلافاً لما رجحه المصنف، والخلاف كله إذا كان الرد قبل أن يبلغ الولد سبع سنين، وأن الولادة لا تنقص الجارية، ولم يحدث بها عيب آخر. (المجموع ١٢/ ٢٢١، ٢٢٢).

(٢) الصحيح أن الولد له حكم، ويقابله قسط من الثمن، والصحيح أنه يرد الجميع، وعلى التقدير الثاني يكون الولد كالحادث، ويأتي فيه الخلاف في الرد، والأصح المنع كما سبق في الهامش السابق خلافاً للمصنف. (المجموع ١٢/ ٢٢٥، ٢٢٦).

(٣) هذا مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والأصحاب دون اختلاف، وفي المسألة سبعة مذاهب أخرى. (المجموع ١٢/ ٢٢٨ وما بعدها).

وإن وجد العيب، وقد نقص المبيع، نظرتَ: فإن كان النقص بمعنى[1] لا يقف استعلام العيب على جنسه، كوطء البكر، وقطع الثوب، وتزويج الأمة، لم يجز له الردّ بالعيب؛ لأنه أخذه من البائع، وبه عيب، فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه، وينتقل حقه إلى الأرش، لأنه فات جزء من المبيع، وتعذر الفسخ بالرد فوجب أن يرجع إلى بدل الجزء الفائت، وهو الأرش[2].

فإن قال البائع: أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث، لم يلزمه دفع الأرش؛ لأنه لم يكن له غير الرد، وإنما امتنع من الرد للعيب الحادث في يده، فإذا رضي به صار كأنه لم يحدث عنده عيب، فلم يكن له غير الرد.

وإن قال المشتري: أرده وأعطي معه أرش العيب الحادث عندي، لم يلزم البائع قبوله، كما إذا أحدث العيب به عند البائع، فقال: خذه وأنا أعطيك معه أرش العيب، لم يلزم المشتري قبوله.

فصل [الرجوع بأرش العيب]:

وإذا أراد الرجوع بالأرش؛ قوّم المبيع بلا عيب، فيقال قيمته مائة، ثم يقوّم مع العيب، فيقال قيمته تسعون، فيعلم أنه قد نقص العشر من بدله، فيرجع على البائع بعشر الثمن، ولا يرجع بما نقص من قيمته؛ لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت.

ولو فات المبيع كله[3] رجع على البائع بجميع الثمن، فإذا فات قدر العشر

---

(١) أي العيب الحاصل في المبيع، أما النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه فلا خلاف أنه لا يعتبر. (المجموع ١٢/ ٢٣٥).

(٢) الأرش هو ضمان العيب، وهو ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب، ويمثل جزءاً من الثمن، نسبته إليه كنسبة ما ينقص العيب من المبيع لو كان سليماً إلى تمام القيمة. (المجموع ١٢/ ٢٦٥).

(٣) أي هلك المبيع كله تحت يد البائع قبل التسليم. (المجموع ١٢/ ٢٦٥).

منه رجع بعشر الثمن، كالجزء لما ضمن جميعه بالدية ضمن الجزء منه بجزء من الدية، ولأنا لو قلنا: إنه يرجع بما نقص من قيمته، أدى إلى أن يجتمع الثمن والمثمن، للمشتري، فإنه قد يشتري ما يساوي مائة بعشرة، فإذا رجع بالعشرة، رجع جميع الثمن إليه، فيجتمع له الثمن والمثمن، وهذا لا يجوز.

وإن اختلفت قيمة المبيع من حال العقد إلى حال القبض قوّم بأقل القيمتين[1]؛ لأنه إن كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص، كان ما نقص في يده مضموناً عليه، وما كان نقصانه من ضمانه فلا يجوز أن يقوّم على البائع، وإن كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت في يده فإنها زيادة حدثت في ملك المشتري لا حق للبائع فيها، فلا يجوز إدخالها في التقويم.

فإن كان المبيع إناء من فضة وزنه ألف وقيمته ألفان، فكسره ثم علم به عيباً لم يجز له الرجوع بأرش العيب؛ لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن، فيصير الألف بدون الألف، وذلك لا يجوز، فيفسخ البيع ويسترجع الثمن، ثم يغرم أرش الكسر[2]، وحكى أبو القاسم الداركي وجهاً آخر أنه يرجع بالأرش؛ لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرش لا اعتبار به، والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرش في غير هذا، ولا يقال: إن هذا لا يجوز؛ لأنه يصير الثمن مجهولاً.

فصل [النقص في المبيع المعيب مع الاستعلام]:

وإن وجد العيب، وقد نقص المبيع بمعنى استعلام العيب على جنسه، بأن كان جوزاً أو بيضاً أو غير ذلك مما لا يوقف على عيبه إلاّ بكسره، فينظر فيه، فإن

---

(١) في المسألة طريقان، وهذا أصح، والطريقة الثانية أن فيها ثلاثة أقوال أصحها هذا، وقيل: الاعتبار بقيمته يوم القبض، وقيل الاعتبار يوم العقد، وهذه المسألة فيها إشكال طويل بين الأصحاب. (المجموع ١٢/ ٢٧٢).

(٢) هذا هو الوجه الأصح، وفي المسألة وجوه أخرى، والقصة على سبيل المثال للمال الربوي، والذهب كذلك، لكن بيع إناء الذهب حرام عند المصنف. (المجموع ١٢/ ٢٨٥ ـ ٢٨٧).

كسره فوجده لا قيمة للباقي كالبيض المذر، والرمان العفن[1]، فالبيع باطل؛ لأن ما لا قيمة له لا يصح بيعه، فيجب رد الثمن[2].

فإن كان له قيمة، كبيض النعامة، والبطيخ الحامض، وما دوّدَ بعضه من المأكول، نظرت: فإن كسر منه قدراً لا يوقف على العيب بما دونه، ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يرد، وهو قول المزني؛ لأنه نقص حدث في يد المشتري، فمنع الرد، كقطع الثوب، والثاني: لا يمنع الرد؛ لأنه معنى لا يوقف على العيب إلاّ به، فلم يمنع الرد كنشر الثوب[3].

فإن قلنا: لا يرد رجع بأرش العيب على ما ذكرناه، وإن قلنا: يرد، فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر؟ فيه قولان، أحدهما: يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة، والثاني: لا يلزمه؛ لأن الكسر الذي يتوصل به إلى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لأجله أرش[4].

فإن قلنا: يلزمه الأرش قوّم معيباً صحيحاً، ومعيباً مكسوراً، ثم يرجع عليه بما بين القيمتين[5]؛ لأنه لما ردَّ انفسخ العقدُ فيه، فصار كالمقبوض بالسوم[6]،

---

(١) البيض المذر من مَذَرت البيضة إذا فسدت، وكذا عفن إذا فسد وأنتن، وعفن الخشب بلي من الماء. (النظم ١/٢٨٦).

(٢) نص الشافعي والأصحاب على أنه يرجع بجميع الثمن في هذه المسألة. (المجموع ١٢/٢٩٤).

(٣) هذا هو القول الأظهر فلا يمنع الرد. (المجموع ١٢/٢٩٩)، ونشر الثوب إذا اشتري مطوياً فنشره ووقف على عيب فيه ولم يحصل نقص بالنشر. (المجموع ١٢/٣٠١، ٣٠٢).

(٤) القول الأظهر أنه يرد كما سبق، والأصح القول الثاني بعدم لزوم أرش الكسر، وهذا ما رجحه الرافعي والنووي، فيرد بغير الأرش. (المجموع ١٢/٣٠٠).

(٥) الأرش هنا لا ينسب إلى الثمن، بل هو ما نقص من قيمة السليم، وهذا ما عليه أكثر الأصحاب وهذا تفريع على القول المرجوح كما سبق. (المجموع ١٢/٣٠٣).

(٦) المقبوض بالسوم هو المبايعة، يقال: ساومته سواماً فاستام عليَّ وتساومناه، وسمتك بعيراً سمة حسنة، وإنه لغالي السمة. (النظم ١/٢٨٦).

والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة، فضمن نقصانه بما نقص من القيمة، ويخالف الأرش مع بقاء العقد؛ لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن، فضمن نقصانه بجزء من الثمن.

وإن كسر منه قدراً يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه، ففيه طريقان، أحدهما: لا يجوز الرد قولاً واحداً؛ لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج إليه لمعرفة العيب، فمنع الرد كقطع الثوب[1]، والثاني: أنه على القولين؛ لأنه يشق التمييز بين القدر الذي يحتاج إليه في معرفة العيب، وبين ما زاد عليه، فسوي بين القليل والكثير.

فصل [هلاك المبيع المعيب]:

وإن لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع، أو أعتقه، أو وقفه، ثبت له أرش العيب، لأنه أيس من الرد، فثبت له الرجوع بأرش العيب.

وإن لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد، لم يطالب بالأرش؛ لأنه لم ييأس من الرد، فإن رجع رده بالعيب، وإن هلك أخذ عنه الأرش[2].

فإن لم يعلم بالعيب حتى باعه، لم يجز له المطالبة بالأرش، قال أبو إسحاق: العلة فيه أنه استدرك الظلامة، فغَبَنَ كما غُبِنَ، فزال عنه ضرر العيب، وقال أكثر أصحابنا: العلة فيه أنه لم ييأس من الرد؛ لأنه قد يرجع إليه فيرد عليه[3].

---

(١) الطريقة الأولى هي المذهب عند جمهور الأصحاب، كسائر العيوب الحادثة. (المجموع ٣٠٩/١٢).

(٢) اتفق الجميع على ذلك. (المجموع ٣١٦/١٢).

(٣) ليس له المطالبة بالأرش عند جمهور العلماء، ونص عليه الشافعي في «المختصر» ثم اختلف الأصحاب في علة هذا القول، والراجح هو التعليل الثاني، وهناك قول آخر أنه يرجع عليه بالأرش. (المجموع ٣١٨/١٢، ٣١٩).

فإن رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الأول ردَّه على البائع؛ لأنه أمكنه الردّ، ولم يستدرك الظلامة.

وإن حدث عند الثاني عيب فرجع على الأول بالأرش رجع هو على بائعه؛ لأنه أيس من الرد، ولم يستدرك الظلامة.

وإن تلف في يد الثاني، وقلنا بتعليل أبـي إسحاق لم يرجع؛ لأنه استدرك الظلامة، وإن قلنا: بتعليل غيره، رجع بالأرش، لأنه قد أيس من الرد[1].

وإن رجع المبيع إليه ببيع، أو هبة، أو وارث، لم يرد على تعليل أبـي إسحاق؛ لأنه استدرك الظلامة، وعلى تعليل غيره: يرد؛ لأنه أمكنه الرد[2].

فإن لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره[3]، فإن كان بعوض فهو كالبيع، وقد بيناه، وإن وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش؛ لأنه لم ييأس من الرد، فإن رجع إليه ببيع، أو هبة، أو وارث، فله الرد بلا خلاف؛ لأنه أمكنه الردُّ، ولم يستدرك الظلامة.

فصل [العيب المعتبر للرد]:

والعيب الذي يرد به المبيع ما يعدُّه الناس عيباً، فإن خفي منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس[4].

---

(١) والأصح هو التعليل الثاني، ويرجع بالأرش. (المجموع ١٢/ ٣٢٧).

(٢) وهذا هو الأصح، وله أن يرد، وله الرد عليهما في الأصح، وإن رد على الثاني ردّه عليه، وحينئذ يرده على الأول. (المجموع ١٢/ ٣٢٨).

(٣) مما ينكر على الفقهاء قولهم: «وهبه من فلان» بإدخال «من» والجيد: وهبت زيداً مالاً، ووهبت له مالاً، وأكد النووي أن إدخال «من» هنا صحيح، وهي زيادة، لأن زيادتها في الواجب جائزة، ووردت فيها أحاديث. (المجموع ١٢/ ٣٣٠).

(٤) هذا ضابط العيب، وفيه ضوابط كثيرة، منها «ما نقص القيمة أو العين نقصاناً يفوت به غرض صحيح، ويغلب على أمثاله عدمه» أو «هو ما نقص القيمة أو العين من الخلقة التامة». (المجموع ١٢/ ٣٤٠).

فإن اشترى عبداً فوجده أعمى، أو أعرج، أو أصم، أو أخرس، أو مجذوماً، أو أبرص، أو مريضاً، أو أبخر، أو مقطوعاً، أو أقرع[(١)]، أو زانياً، أو سارقاً، أو آبقاً، ثبت له الردَّ، لأن هذه عاهات يقتضي مطلق العقد السلامة منها، فلا يلزمه العقد مع وجودها.

وإن وجده يبول في الفراش، فإن كان صغيراً لم يرد؛ لأن بول الصغير معتاد[(٢)]، فلا يعد عيباً، وإن كان كبيراً ردَّ؛ لأن ذلك عاهة ونقص.

وإن وجده خصياً[(٣)] ثبت له الردّ؛ لأن العقد يقتضي سلامة الأعضاء، وهذا ناقص.

وإن وجده غير مختون، فإن كان صغيراً لم يثبت له الرد؛ لأنه لا يعد ذلك نقصاً في الصغير، لأنه لا يخاف عليه منه، وإن كان كبيراً ثبت له الرد؛ لأنه يعد نقصاً؛ لأنه يخاف عليه منه[(٤)].

وإن كانت جارية لم ترد صغيرة كانت أو كبيرة، لأن ختانها سليم لا يخاف

---

(١) الأقرع الذي ذهب شعر رأسه من آفة، وقيل: القلع: ذهاب الشعر عن البشرة، والقرع تقشر البشرة، وقوله: «مقطوعاً» أي مقطوع عضو من أعضائه، ويشمل الأصيل وغيره. (النظم ٢٨٦/١، المجموع ٣٤٥/١٢).

(٢) ضبطه بعضهم بما دون سبع سنين، وأكثر الأصحاب لم يضبطوا ذلك بمقدار، بل بأن لا يكون مثله يتحرز منه. (المجموع ٣٥٤/١٢).

(٣) الخصي: مسلول الخصى، يقال: خَصْية للواحدة، وكذلك الخِصية بالكسر، والخصيتان البيضتان، والخصيان الجلدتان اللتان فيهما البيضتان، وإذا ثنيت قلت: خِصيان، لم تلحقه التاء، وكذلك الإلية إذا ثنيت قلت: الإليان، لم تلحقه التاء، وهما نادران، وخصيت الفحل خصاء، إذا سللت خصيته، يقال: برئت إليك من الخصاء، والواحد خصي، والجمع: خصيان، وخصية، وموضع القطع مخصي. (النظم ٢٨٦/١).

(٤) هذا هو الأصح، وفيه وجهان آخران أنه لا يكون نقصاً في العبد الكبير، وبالتفصيل بين القوم الذي يختنون، والذين لا يختنون. (المجموع ٣٥٦/١٢).

عليها منه[1].

وإن اشترى جارية فوجدها مغنية، لم تردّ؛ لأنه لا تنقص به العين، ولا القيمة، فلم يعد ذلك عيباً.

وإن وجدها ثيباً[2]، أو مسنّة، لم يثبت له الرد، لأن الثيوبة والكبر ليس بنقص، وإنما هو عدم فضيلة[3].

فإن وجد المملوك مرتداً، أو وثنياً، ثبت له الرد؛ لأنه لا يقر على دينه، وإن وجده كتابياً لم يثبت له الرد؛ لأن كفره لا ينقص من عينه، ولا من ثمنه.

وإن اشترى أمة فوجدها مزوَّجة، أو عبداً فوجده مستأجراً، ثبت له الرد؛ لأن إطلاق البيع يقتضي سلامة المنافع للمشتري، ولم يسلم له ذلك، فثبت له الرد.

وإن اشترى شيئاً فتبين أنه غُبن في ثمنه لم يثبت له الرد؛ لما رُوي أن حبّان بن مُنقِذ كان يُخْدع في البيع، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «إذا بعتَ فقل لا خِلابة، ولك الخيار ثلاثاً»[4]، ولم يثبت له خيار الغبن، ولأن المبيع سليم، ولم يوجد من جهة البائع تدليس، وإنما فرّط المشتري في ترك الاستظهار، فلم

---

(١) هذا هو الصحيح، وفيه وجه أنه يثبت فيها الخيار، كما لو كان فيها أصبع زائدة. (المجموع ١٢/٣٥٦).

(٢) يقال امرأة ثيب، ورجل ثيب، الذكر والأنثى فيه سواء، وذلك إذا كانت المرأة قد دخل بها الزوج، والرجل قد دخل بامرأته، ومنه ثيبت المرأة، وسميت المرأة ثيباً لأنها توطأ وطءاً بعد وطء، مأخوذ من قوله تعالى: ﴿مثابة للناس﴾ [البقرة: ١٢٥]، أي يرجعون إليه مرة بعد مرة. (النظم ١/ ٢٨٧).

(٣) لم يثبت له الرد في هذه الحالة إذا لم يشرط البكارة أو الثيـوبة، وهذا الإطلاق إذا كانت في سن يغلب فيه الاستمتاع بها، وفي المسألة وجه آخر. (المجموع ١٢/ ٣٥٧).

(٤) حديث حبان صحيح، وسبق في أول كتاب البيع ص ١٣ هـ ٢.

والأصح أن الذي كان يغبن ويخدع هو منقذ والد حبان، وقوله: «لا خلابة» أي لا غبن ولا خديعة، وهذا لإثبات الخيار سواء صرح باشتراطه أم لا. (المجموع ١٢/ ٣٦١).

يجز له الرد[1].

فصل [خيار الوصف]:

وإن اشترى عبداً بشرط أنه كاتب، فوجده غير كاتب، أو على أنه يحسن صنعة، فوجده لا يحسن، ثبت له الردُّ لأنه أنقص مما شرط، فجاز له الرد[2].

وإن اشتراه على أنه فحل، فوجده خصياً، ثبت له الرد، لأن الخصي أنقص من الفحل في الخلقة، والبطش[3]، والقوة.

وإن شرط أنه خصي، فوجده فحلاً، ثبت له الرد؛ لأن الفحل دون الخصي في الثمن، والدخول إلى الحرم[4].

وإن اشتراه على أنه مسلم، فوجده كافراً، ثبت له الرد؛ لأن الكافر دون المسلم في الدين.

وإن اشتراه على أنه كافر، فوجده مسلماً ثبت له الرد، وقال المزني: لا يثبت

---

(١) قال أصحابنا: لا يثبت الخيار بالغبن سواء تفاحش أم لا، بخلاف العيب لوجود نقص فيه، وبخلاف التدليس لأنه تغرير بالإخبار عن السعر على خلاف ما هو، وهو رأي الحنفية، وخالف المالكية وأحمد في صور وحالات. (المجموع ١٢/ ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣).

(٢) بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط، وهو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء والتفريع عليه، خلافاً لمن قال: إن البيع فاسد، ويسمى هذا خيار النقيصة، وضابطه: ما يتعلق به زيادة مالية يصح التزامها، ويثبت الخيار بالخلف فيها، أو ما يتعلق بها غرض صحيح غير المال، والخلف فيه يثبت الخيار. (المجموع ١٢/ ٣٦٥، الروضة ٣/ ٤٥٨).

(٣) البطش هو الأخذ بالقوة والعنف. (النظم ١/ ٢٨٧).

(٤) المراد بالخصي المسموح له بالدخول على الحرم هو الممسوح عند الأكثر، وهو الذي يطلق عليه الخصي في العرف، أما الخصي الذي بقي ذكره، والمجبوب الذي بقي أنثياه فهو كالفحل في منعه من الدخول على الحرم، ولكن يثبت الخيار في الجميع لأنهم أضعف في العمل. (المجموع ١٢/ ٣٦٧).

له الرد؛ لأن المسلم أفضل من الكافر[1]، وهذا لا يصح؛ لأن المسلم أفضل في الدين إلاَّ أن الكافر أكثر ثمناً، لأنه يرغب فيه المسلم والكافر، والمسلم لا يشتريه الكافر.

وإن اشترى جارية على أنها بكر، فوجدها ثيباً، ثبت له الرد، لأن الثيب دون البكر.

وإن اشتراها على أنها ثيب، فوجدها بكراً، لم يثبت له الرد؛ لأن البكر أفضل من الثيب[2]، ومن أصحابنا من قال: يثبت له الرد؛ لأنه قد يكون ضعيفاً لا يطيق وطء البكر، فكانت الثيب أحب إليه، والمذهب: الأول؛ لأنه لا اعتبار بما عنده، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن، والبكر أفضل من الثيب في الثمن.

وإن باعه حيواناً على أنه بغل، فوجده حماراً، أو على أنه حمار، فوجده بغلاً، ففيه وجهان، أحدهما: أن البيع صحيح؛ لأن العقد وقع على العين، والعين موجودة، فصح البيع، وثبت له الردُّ، لأنه لم يجده على ما شرط، والثاني: أن البيع باطل؛ لأن العقد وقع على جنس، فلا ينعقد في جنس آخر[3].

وإن اشترى ثوباً، أو أرضاً على أنه عشرة أذرع[4] فوجده تسعة، فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن، وبين أن يرده؛ لأنه دخل في العقد على أن تَسْلَم له العشرة، ولم تسلم له، فثبت له الخيار، كما لو وجد بالمبيع عيباً. وإن وجده أحد

---

(١) المذهب ثبوت الرد في ذلك، لأن الغرض التجارة، وقول المزني مخرج في المذهب. (المجموع ١٢/ ٣٦٨).

(٢) هذا هو الوجه الأصح فلا يثبت الرد. (المجموع ١٢/ ٣٧٠).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، وأن المذهب الصحيح المنصوص هو البطلان، لاختلاف الجنس، وفي الوجه الآخر يصح البيع، أو يثبت الخيار، أما عند اختلاف الوصف فالبيع صحيح ويثبت الخيار في المشهور. (المجموع ١٢/ ٣٧١).

(٤) الذراع فيها لغتان: التذكير والتأنيث، وقال سيبويه: الذراع مؤنثة، فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف: «عشرة أذرع». (المجموع ١٢/ ٣٧٢).

عشر ذراعاً، ففيه وجهان، أحدهما: أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع، وبين أن يسلمه بالثمن، ويجبر المشتري على قبوله، كما أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة[1]، والثاني: أن البيع باطل؛ لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة، ولا إجبار المشتري على الرضا بما دون الثوب، والساحة من الأرض؛ لأنه لم يرض بالشركة، والتبعيض، فوجب أن يبطل العقد.

فإن اشترى صبرة على أنها مائة قفيز، فوجدها دون المائة، فهو بالخيار بين أن يفسخ؛ لأنه لم يسلم له ما شرط، وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن؛ لأنه يمكن قسمة الثمن على الأجزاء لتساويها في القيمة، ويخالف الثوب والأرض؛ لأن أجزاءها مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها، لأنا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لنسقطها من الثمن.

وإن وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز، أخذ المائة بالثمن؛ وترك الزيادة؛ لأنه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير إضرار.

فصل [تعلَّقَ حق بالمبيع]:

وإن باع عبداً جانياً، ففيه قولان، أحدهما: أن البيع صحيح، وهو اختيار المزني، لأنه إن كانت الجناية عمداً فهو عبد تعلق برقبته قتل، فصح بيعه، كالعبد المرتد، أو يخشى هلاكه، وترجى سلامته، فجاز بيعه، كالمريض، وإن كان خطأ فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره، فلا يمنع من بيعه، والقول الثاني: أن البيع باطل؛ لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمي، فلا يصح بيعه كالمرهون[2].

وفي موضع القولين ثلاث طرق، أحدها: أن القولين في العمد والخطأ؛ لأن

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح، فيصح البيع ويكون للبائع الخيار. (المجموع ١٢/ ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٦).

(٢) وهذا هو القول الأصح بالبطلان، وهو اختيار الشافعي ونص عليه في «الأم» وصححه الجمهور. (المجموع ١٢/ ٣٨٤).

القصاص حق آدمي فهو كالمال، ولأنه يسقط إلى مال بالعفو، فكان كالمال، والثاني: أن القولين في جناية لا توجب القصاص، فأما فيما توجب القصاص فلا تمنع البيع قولاً واحداً؛ لأنه كالمرتد، والثالث: أن القولين فيما يوجب القصاص، فأما فيما يوجب المال فلا يجوز قولاً واحداً، لأنه كالمرهون[(١)].

فإذا قلنا: إن البيع صحيح في قتل العمد، فقتل العبد في يد المشتري، ففيه وجهان، قال أبو العباس وأبو علي بن أبـي هريرة: إن علم المشتري بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالأرش، وإن لم يعلم رجع بأرش العيب؛ لأن تعلق القتل برقبته كالعيب؛ لأنه ترجى سلامته، ويخشى هلاكه، فهو كالمريض[(٢)]، وإذا اشترى المريض، ومات، وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرش، وإن لم يعلم رجع، فكذلك ههنا، فعلى هذا إذا لم يعلم بحاله، وقتل، قُوِّم وهو جانٍ، وقُوِّم غيرَ جانٍ، فيرجع بما بينهما من الثمن، وقال أبو إسحاق: وجود القتل بمنزلة الاستحقاق، وهو المنصوص، فإذا قتل انفسخ البيع، ورجع بالثمن على البائع، علم بالجناية حال العقد، أو لم يعلم؛ لأنه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع، فأشبه ما إذا استحق، ويخالف المريض، فإنه لم يمت بالمرض الذي كان في يد البائع، وإنما مات بزيادة مرض حدث في يد المشتري، فلم يرجع بجميع الثمن[(٣)].

---

(١) الطريقة الثانية هي الأصح، وصححها الرافعي، وأن القولين في الجناية الموجبة للمال، أما الموجبة للقصاص فلا يمنع البيع. (المجموع ١٢/ ٣٨٧).

(٢) بدأ المصنف بالتفريع على القول بصحة البيع لذلك، ويعبر عن الوجه الأول بأن المبيع في ضمان المشتري، وأما التفريع على البطلان فلا تعلق له في هذا الباب. (المجموع ١٢/ ٣٨٩).

(٣) هذا هو الوجه الأصح، ويعبر عن هذا الوجه بأن المبيع في ضمان البائع كالاستحقاق، أي جعل التلف في يد المشتري بالسبب السابق كظهور الاستحقاق في المبيع بسبب سابق، وينفسخ بالتلف والقتل. (المجموع ١٢/ ٣٩١).

وإن اشترى عبداً مرتداً فقتل في يده[1]، ففيه وجهان، في قول أبـي إسحاق، ينفسخ البيع، ويرجع بالثمن، وعلى قول أبـي العباس وأبـي علي بن أبـي هريرة إن كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرش، وإن لم يعلم رجع بالأرش، ووجههما ما ذكرناه في الجاني عمداً.

وإن قتل العبد في المحاربة، وانحتم قتله، فقد ذكر الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله في «التعليق» أن البيع باطل؛ لأنه لا منفعة فيه؛ لأنه مستحق القتل، فلا يصح بيعه كالحشرات، وقال شيخنا القاضي أبو الطيب: يصح بيعه؛ لأن فيه منفعة، وهو أن يعتقه، فصح بيعه، كالزَمِن، فعلى هذا إذا قتل في يد المشتري، فحكمه حكم القاتل عمداً في غير المحاربة[2]، وقد بيناه.

فـصــل [بيع البراءة من العيب]:

إذا باع عيناً بشرط البراءة من العيب، ففيه طريقان[3]، أحدهما: وهو قول أبـي سعيد الإصطخري، أن المسألة على ثلاثة أقوال، أحدها: أنه يبرأ من كل عيب؛ لأنه عيب رضي به المشتري فبرئ منه البائع، كما لو أوقفه عليه، والثاني: لا يبرأ مـن شيء مـن العيوب؛ لأنه شرط يرتفق بـه أحد المتبايعين، فلم يصح مـع الجهالة، كالأجل المجهول، والرهن المجهول، والثالث: أنه لا يبرأ إلاّ من عيب واحد، وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع، لما روى سالم أن

---

(١) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب، كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك، وفي وجه لا يصح ، وإن كان المشتري جاهلاً بردته ينفسخ البيع، ويرجع المشتري بالثمن، وهو الأصح حسب قول أبـي إسحاق. (المجموع ١٢/ ٣٩٥).

(٢) رجح الرافعي وجهاً ثالثاً، وأنه الأظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد في المثال السابق. (المجموع ١٢/ ٣٩٦).

(٣) في المسألة طرق، أشهرها الطريقة الأولى، وأنه على ثلاثة أقوال، وأظهر هذه الأقوال، الثالث منها، وهو أنه يبرأ من العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع. (المجموع ١٢/ ٤٠٠ وما بعدها).

أباه باع غلاماً بثمانمائة بالبراءة من كل آفة، فوجد الرجل به عيباً، فخاصمه إلى عثمان رضي الله عنه، فقال عثمان لابن عمر: احلف لقد بعته وما به داء تعلمه، فأبـى ابن عمر أن يحلف، وقبل الغلام، فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة[1]، فدل على أنه يبرأ مما لم يعلم، ولا يبرأ مما علمه.

قال الشافعي رحمه الله: ولأن الحيوان يفارق ما سواه؛ لأنه يغتذي بالصحة والسقم، وتحول طبائعه، وقلما يبرأ من عيب، يظهر أو يخفى، فدعت الحاجة إلى التبري من العيب الباطن فيه، لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه، وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر، ولا في العيب الباطن في غير الحيوان، فلم يجز التبري منه مع الجهالة، والطريق الثاني: أن المسألة على قول واحد، وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان، لم يعلم به، ولا يبرأ من غيره، وتأول هذا القائل ما أشار إليه الشافعي من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره، ولم يختره لنفسه.

فإن قلنا: إن الشرط باطل، فهل يبطل البيع؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يبطل البيع[2]، ويرد المبيع، لحديث عثمان رضي الله عنه، فإنه أمضى البيع، والثاني:

---

(١) هذا الأثر رواه مالك (الموطأ ص ٣٧٩ كتاب البيع، باب العيب في الرقيق)، والبيهقي (٥/٣٢٨)، وفي رواية أن المشتري من ابن عمر هو زيد بن ثابت، أنهما اختصما إلى عثمان رضي الله عنهم. (المجموع ١٢/٣٩٨، ٣٩٩)، قال البيهقي: وهو أصح ما ورد في الباب.

(٢) هذا هو الوجه الأصح أن البيع لا يبطل، لحديث عثمان رضي الله عنه. (المجموع ١٢/٤١٣).

إلى هنا انتهى شرح السبكي لقطعة من «المهذب» وهي ١٦ صفحة (٢٧٢ ــ ٢٨٨)، وجاء شرحه في ثلاثة أجزاء (١٠، ١١، ١٢) تكملة للمجموع، والسبكي هو تقي الدين علي بن عبد الكافي أبو الحسن، السبكي، الفقيه الشافعي، المحدث، المفسر، الأصولي النحوي، اللغوي، الأديب، شيخ الإسلام في عصره، قاضي القضاة بالشام، وله مصنفات، مرض فتوجه إلى القاهرة، ومات فيها سنة ٧٥٦هـ/ ١٣٥٥م. (انظر: مرجع العلوم الإسلامية =

أنه يبطل البيع؛ لأن هذا الشرط يقتضي جزءاً من الثمن، تركه البائع لأجل الشرط، فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط، وذلك مجهول، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً، فيصير الثمن مجهولاً، ففسد العقد، والله أعلم.

بـــاب

بيع المرابحة

من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال، وبأقل منه، وبأكثر منه، لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان، فبيعوا كيف شئتم»[(١)].

ويجوز أن يبيعها مرابحة، وهو أن يبين رأس المال، وقدر الربح، بأن يقول: ثمنها مائة، وقد بعتكها برأس مالها وربح درهم في كل عشرة، لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان لا يرى بأساً بده يازده وده دوازده[(٢)]، ولأنه ثمن معلوم فجاز البيع به، كما لو قال بعتك بمائة وعشرة.

ويجوز أن يبيعها مواضعة، بأن يقول رأس مالها مائة، وقد بعتك برأس مالها، ووضع درهم[(٣)] من كل عشرة، لأنه ثمن معلوم فجاز البيع به، كما لو قال

= ص ٥٩٤)، ثم بدأ شرح محمد نجيب المطيعي.

باب المرابحة

بدأ شرح محمد نجيب المطيعي للمهذب، تكملة للمجموع للنووي والسبكي.

(١) هذا جزء من حديث صحيح رواه مسلم عن عبادة بن الصامت، وأوله «الذهب بالذهب...» وسبق بيانه ص ٦٤ هـ ١.

(٢) ده: عشرة بالفارسية، ويازده: أحد عشر، ودوازده: اثنا عشر، أي لا يرى بأساً أن يبيع ما اشتراه بعشرة بأحد عشر، أو باثني عشر. (النظم ١/ ٢٨٧).

ونقل عن ابن عباس وابن عمر منعه، وحمل ذلك إذا لم يبين الثمن. (السنن الكبرى ٥/ ٣٣٠، المجموع ١٣/ ٤، مغني المحتاج ٢/ ٧٧).

(٣) وضع درهم: أي حط درهم، يقال: وضع له في البيع من الثمن أي حط عنه. (النظم ١/ ٢٨٧).

بعتك بمائة إلَّا عشرة[1].

ويجوز أن يبيع بعضه مرابحة، فإن كان مما لا تختلف أجزاؤه كالطعام والعبد الواحد قسم الثمن على أجزائه، وباع ما يريد بيعه منه بحصته، وإن كان مما يختلف كالثوبين والعبدين قوّمهما وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن؛ لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتهما، ولهذا لو اشترى سيفاً وشقصاً[2] بألف، قُسِم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، ثم أخذ الشفيع الشقص بما يخصُّه من الثمن على قدر قيمته.

فصل [الإخبار عن الثمن]:

ولا يخبر إلَّا بالثمن الذي لزم به البيع، فإن اشترى بثمن ثم حط البائع عنه بعضه، أو ألحق به زيادة، نظرتَ: فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد، ولم يحط في بيع المرابحة ما حط عنه، ولا يخبر بالزيادة فيم زاد؛ لأن البيع استقر بالثمن الأول، فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض، فلم يتغير به الثمن[3].

وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد، وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة. وقال أبو علي الطبري: إن قلنا إن المبيع ينتقل بنفس العقد، لم يلحق به؛ لأن المبيع قد ملكه بالثمن الأول، فلم يتغير بما بعده، والمذهب الأول؛ لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلَّا أن البيع لم يستقر، فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به[4].

---

(1) المرابحة: هي بيع ما شراه بما شراه به وزيادة، والتولية: بيعه بلا زيادة ولا نقص، والوضيعة: بيعه بأنقص منه. (المجموع ١٣/ ٤).

(2) الشقص: القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء، وأصله الجزء والنصيب والسهم، مأخوذ، من المشقص، وهو من النصال ما طال وعرض، وفي الحديث: «من باع الخمر فليشقص الخنازير»، أي فليعضيها أعضاء، كما يعضي الشاة إذا بيعت، والمعنى: من استحل بيع الخمر، فليستحل بيع الخنازير، لأنها في التحريم سواء. (النظم ١/ ٢٨٩).

(3) انظر: الروضة ٣/ ٥٣٠.

(4) وهذا ما أكده النووي وغيره. (الروضة ٣/ ٥٣٠، مغني المحتاج ٢/ ٧٧).

وإن اشترى ثوباً بعشرة، وقصره بدرهم، ورفاه بدرهم، وطرزه بدرهم، قال: هو عليّ بثلاثة عشر، أو قام عليّ بثلاثة عشر، وما أشبه ذلك، ولا يقول: اشتريت بثلاثة عشر، ولا يقول: ثمنه ثلاثة عشر؛ لأن ذلك كذب.

وإن قال: رأس مالي ثلاثة عشر، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز أن يقول؛ لأن رأس المال هو الثمن، والثمن عشرة، والثاني: يجوز؛ لأن رأس المال ما وزن فيه، وقد وزن فيه ثلاثة عشر[١].

وإن عمل فيه ذلك بيده، قال اشتريته بعشرة، وعملت فيه ما يساوي ثلاثة، ولا يقول: هو عليّ بثلاثة عشر؛ لأن عمله لنفسه لا أجرة له، ولا يتقوم عليه[٢]،

وإن اشترى عيناً بمائة، ووجد بها عيباً، وحدث عنده عيب آخر، فرجع بالأرش، وهو عشرة دراهم، قال: هي عليّ بتسعين، أو تقوم عليّ بتسعين، ولا يجوز أن يقول: الثمن مائة، لأن الرجوع بالأرش استرجاع جزء من الثمن، فخرج عن أن يكون الثمن مائة، ولا يقول: اشتريتها بتسعين؛ لأنه كذب.

وإن كان المبيع عبداً فجنى، ففداه بأرش الجناية، لم يضف ما فداه به إلى الثمن؛ لأن الفداء جعل لاستبقاء الملك، فلم يضف إلى الثمن كعلف البهيمة. وإن جُني عليه فأخذ الأرش، ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يحط من الثمن قدر الأرش؛ لأنه كما لا يضيف ما فدى به الجناية إلى الثمن، لا يحط ما أخذ عن أرش الجناية عن الثمن، والثاني: أنه يحط؛ لأنه عوض عن جزء تناوله البيع، فحط من الثمن كأرش العيب[٣].

وإن حدثت من العين فوائد في ملكه، كالولد، واللبن، والثمرة، لم يحط ذلك من الثمن؛ لأن العقد لم يتناوله.

---

(١) هذا هو الوجه الراجح، سواء قال: بما اشتريت أي بمثله، أو برأس المال، أو بما قام علي، أو نحو ذلك، فهو سواء. (مغني المحتاج ٢/ ٧٧).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج (٢/ ٧٨).

(٣) وهذا هو الوجه الأصح. (الروضة ٣/ ٥٣١، المجموع ١٣/ ١٢).

وإن أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد، أو لبناً كان موجوداً حال العقد، حطّ من الثمن؛ لأن العقد تناوله، وقابله قسط من الثمن؛ فأسقط ما قابله.

وإن أخذ ولداً كان موجوداً حال العقد، فإن قلنا: إن الحمل له حكم، فهو كاللبن والثمرة، وإن قلنا: لا حكم له، لم يحط من الثمن شيئاً.

وإن ابتاع بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق، لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن، فإن باعه مرابحة ولم يخبره بالأجل ثم علم المشتري بذلك ثبت له الخيار؛ لأنه دلس عليه بما يأخذ جزءاً من الثمن، فثبت له الخيار، كما لو باعه شيئاً وبه عيب، ولم يعلمه بعيبه.

وإن اشترى شيئاً بعشرة، وباعه بخمسة، ثم اشتراه بعشرة، أخبر بعشرة، ولا يضم ما خسر فيه إلى الثمن[1].

- فإن اشترى بعشرة، وباع بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة، أخبر بعشرة، ولا يحط ما ربح من الثمن؛ لأن الثمن ما ابتاع به في العقد الذي هو مالك به، وذلك عشرة.

وإن اشترى بعشرة، ثم واطأ غلامه[2]، فباع منه ثم اشتراه منه بعشرين؛ ليخبر بما اشتراه من الغلام، كره ما فعله؛ لأنه لو صرح بذلك في العقد فسد العقد، فإذا قصد كره.

فإن أخبر بالعشرين في بيع المرابحة، جاز؛ لأن بيعه من الغلام كبيعه من الأجنبي في الصحة، فجاز أن يخبر بما اشترى به منه، فإن علم بذلك المشتري لم يثبت له الخيار[3]؛ لأن شراءه بعشرين صحيح.

---

(١) انظر: الروضة (٣/ ٥٢٩).

(٢) واطأ غلامه أي وافقه، يقال: واطأته على الأمر مواطأة إذا وافقته من الوفاق. (النظم ١/ ٢٩٠).

(٣) قال ابن الصباغ: ثبت للمشتري الخيار، خلافاً للمصنف، وقال النووي: «وقول ابن الصباغ أقوى». (الروضة ٣/ ٥٣٠).

فصل [الإخبار برأس المال]:

إذا قال: رأس المال مائة، وقد بعتكه برأس المال وربح درهم في كل عشرة، أو بربح «ده يازده»، فالثمن مائة وعشرة.

وإن قال: بعتك برأس المال، ووضع «ده يازده»، فالثمن أحد وتسعون درهماً إلاَّ جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم؛ لأن معناه بعتك بمائة على أن أضع درهماً من كل أحد عشر درهماً، فسقط من تسعة وتسعين درهماً تسعة دراهم، لأنها تسع مرات أحد عشر ويبقى من رأس المال درهم فيسقط منه جزء من أحد عشر جزءاً، فيكون الباقي أحداً وتسعين درهماً إلاَّ جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم.

وإن قال: بعتك على وضع درهم من كل عشرة، ففي الثمن وجهان، أحدهما: أن الثمن أحد وتسعون درهماً إلاَّ جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفرايني رحمه الله[1]، والثاني: أن الثمن تسعون درهماً، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله، وهو الصحيح؛ لأن المائة عشر مرات عشرة، فإذا وضع من كل عشرة درهماً بقي تسعون.

فصل [الخطأ والبينة في رأس المال]:

إذا أخبر أن رأس المال مائة، وباع على ربح درهم في كل عشرة، ثم قال أخطأت، أو قامت البينة، أن الثمن كان تسعين، فالبيع صحيح، وحكى القاضي أبو حامد وجهاً آخر، أن البيع باطل؛ لأنه بان أن الثمن كان تسعين، وأن ربحها تسعة، وهذا كان مجهولاً حال العقد، فكان العقد باطلاً، والمذهب الأول؛ لأن البيع عقد على ثمن معلوم، وإنما سقط بعضه بالتدليس، وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع، كسقوط بعض الثمن بالرجوع بأرش العيب[2].

---

(١) هذا هو الأصح، ويحط من كل عشرة واحد. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٧٧).

(٢) وهذا هو الراجح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٧٩).

وأما الثمن الذي يأخذه به، ففيه قولان، أحدهما: أنه مائة وعشرة؛ لأن المسمى في العقد مائة وعشرة، فإذا بان تدليس من جهة البائع، لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً، والثاني: أن الثمن تسعة وتسعون، وهو الصحيح؛ لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية[1]، ويخالف العيب، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد، وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح، وقد بان أن رأس المال تسعون، والربح تسعة[2].

فإن قلنا: إن الثمن مائة وعشرة، فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن، وبين أن يفسخ؛ لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال، وهذا أكثر من رأس المال، فثبت له الخيار، وإن قلنا: إن الثمن تسعة وتسعون، فهل يثبت له الخيار، اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: أن له الخيار؛ لأنه إن كان قد أخطأ في الخبر الأول، لم يأمن أن يكون قد أخطأ في الثاني، وأن الثمن غيره، وإن كان قد خان في الأول، فلا يأمن أن يكون قد خان في الثاني، فثبت له الخيار، والقول الثاني: وهو الصحيح، أنه لا خيار له؛ لأن الخيار إنما يثبت لنقص وضرر، وهذا زيادة ونفع؛ لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة، وقد رجع إلى تسعة وتسعين، فلا وجه للخيار[3].

ومنهم من قال: إن ثبتت الخيانة بإقرار البائع، لزم المشتري تسعة وتسعون، ولا خيار له، وإن ثبتت بالبينة، فهل له الخيار، أم لا؟ فيه قولان، لأنه إذا ثبتت بالإقرار دل على أمانته، فلم يتهم في خيانة أخرى، وإذا ثبتت بالبينة كان متهماً في خيانة أخرى، فثبت له الخيار.

---

(١) التولية: بيع برأس المال، وهو من الموالاة والمتابعة، كأنه يبيع المشتري الأول ويواليه في البيع بمثل الثمن. (النظم ١/ ٢٩٠).

(٢) وهذا هو القول الأظهر، وأنه يحط الزيادة وربحها، وبهذا قال الشافعي في الجديد. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٧٩، المجموع ١٣/ ١١).

(٣) وهذا هو القول الأصح، وأنه لا خيار للمشتري. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٧٩).

قال أصحابنا: القولان إذا كانت العين باقية، فأما إذا تلفت العين، فإنه يلزم البيع بتسعة وتسعين قولاً واحداً[1]؛ لأنا لو جوزنا له فسخ البيع مع تلف العين رفعنا الضرر عنه، وألحقناه بالبائع، والضرر لا يزال بالضرر، ولهذا لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيباً، لم يملك الفسخ؛ فإن قلنا: لا خيار له، أو قلنا: له الخيار، فاختار البيع، فهل يثبت للبائع الخيار؟ فيه وجهان، أحدهما: يثبت له الخيار؛ لأنه لم يرض إلاّ بالثمن المسمى، وهو مائة وعشرة، ولم يسلم له ذلك[2]، والثاني: لا خيار له؛ لأنه رضي برأس المال وربحه، وقد حصل له ذلك.

فصل [الإخبار بالثمن والربح]:

وإن أخبر أن الثمن مائة وربحه عشرة، ثم قال: أخطأت، والثمن مائة وعشرة؛ لم يقبل قوله؛ لأنه رجوع عن إقرار متعلق به حق آدمي، فلم يقبل، كما لو أقر له بدين[3].

وإن قال: لي بينة على ذلك لم تسمع؛ لأنه كذب بالإقرار السابق بينته، فلم تقبل[4].

فإن قال: أحلفوا لي المشتري أنه لا يعلم أن الثمن مائة وعشرة، ففيه طريقان، أحدهما: أنه إن قال: ابتعته بنفسي لم يحلف المشتري؛ لأن إقراره يكذبه، وإن قال: ابتاعه وكيل لي، فظننت أنه ابتاع بمائة، وقد بان لي أنه ابتاع بمائة وعشرة، حلف؛ لأنه الآن لا يكذبه إقراره، والثاني: أنه يبنى على القولين في يمين المدعي مع نكول المدعى عليه، فإن قلنا: إنه كالبينة لم يعرض اليمين؛ لأنه

---

(١) لا يثبت الخيار للمشتري ولا للبائع، سواء كان المبيع باقياً أم تالفاً. (مغني المحتاج ٢/ ٧٩).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح، فإن ثبت الخيار للمشتري ثبت للبائع. (مغني المحتاج ٢/ ٧٩).

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢/ ٨٠.

(٤) لم يقبل قوله ولا بينته إذا لم يبين للغلط وجهاً محتملاً، فإن بين فله تحليف المشتري، والأصح سماع بينته كذلك. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٨٠).

إذا نكل[١] حصلنا على بينة، والبينة لا تسمع، وإن قلنا: إنه كالإقرار، عرضنا اليمين؛ لأنه إذا نكل حصلنا على الإقرار، وإقراره مقبول[٢].

بـــاب

النجش[٣]، والبيع على بيع أخيه، وبيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان. والتسعـيـر، والاحتـكـار

ويحرم النجش، وهو أن يزيد في الثمن ليَغُرَّ غيره، والدليل عليه ما روى ابن عمر أن النبـي ﷺ: «نهى عن النجش»[٤]، ولأنه خديعة ومكر.

فإن اغتر الرجل بمن ينجش، فابتاع، فالبيع صحيح؛ لأن النهي لا يعود إلى البيع، فلم يمنع صحته كالبيع في حال النداء[٥]، فإن علم المبتاع بذلك نظرتَ:

---

(١) نكل: أي جبن وامتنع، مأخوذ من النكل وهو القيد، لأنه يمنع المحبوس من التصرف، قال الله تعالى: ﴿إنَّ لدينا أنكالاً﴾ [المزمل: ١٢]، ويقال: نكل عن العدو واليمين، ينكل بالضم، إذا جبن وامتنع، وقيل: نِكل بالكسر لغة فيه. (النظم ١/ ٢٩٠).

(٢) الأصح أن له تحليف المشتري أنه لا يعرف ذلك، لأنه قد يقر عند عرض اليمين عليه، فإن حلف أمضى العقد على ما حلف عليه، وإن نكل عن اليمين ردت على البائع، بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار، ولا خيار للمشتري. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٨٠).

(٣) النجش: كشف الشيء وإثارته، يقال: نجشت الشيء نجشاً أي سترته، والناجش الذي يحوش الصيد، والنَجَش أن تزيد في البيع ليقع غيرك، وليس من حاجتك، فالنجش في الشرع هو الزيادة في السلعة، ويقع ذلك بمواطأة البائع فيشتركان في الإثم، وقد يقع بغير علم المشتري، وقد يختص به المشتري، وفي الحديث «لا تناجشوا». (النظم ١/ ٢٩٠، المجموع ١٣/ ١٥).

(٤) حديث ابن عمر رواه البخاري (٢/ ٧٥٣ كتاب البيوع، باب النجش)، ومسلم (١٠/ ١٦١ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه).

(٥) النداء: يعني ههنا الأذان للجمعة، والنداء على السلعة في البيع أيضاً، وهو من قوله: عرضت السلعة في النداء. (النظم ١/ ٢٩١).

فإن لم يكن للبائع فيه صنع، لم يكن للمبتاع الخيار؛ لأنه ليس من جهة البائع تدليس، وإن كان النجش بمواطأة من البائع، ففيه قولان، أحدهما: أن له الخيار بين الإمساك والرد؛ لأنه دلس عليه، فثبت له الرد، كما لو دلس عليه بعيب، والثاني: لا خيار له؛ لأن المشتري فرط في ترك التأمل، وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المتاع[١].

فصل [البيع على البيع]:

ويحرم أن يبيع على بيع أخيه، وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً في مدة الخيار، فيقول: افسخ، فإني أبيعك أجود منه بهذا الثمن، أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يبع الرجل على بيع أخيه»[٢]، ولأن في هذا إفساداً وإنجاشاً، فلم يحل، فإن قبل منه، وفسخ البيع، واشترى منه، صح البيع، لما ذكرناه في النجش.

فصل [السوم على السوم]:

ويحرم أن يدخل على سوم أخيه، وهو أن يجيء إلى رجل أنعم لغيره في بيع سلعة بثمن، فيزيده، ليبيع منه، أو يجيء إلى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها، أو أجود منها بذلك الثمن، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يَخْطِبُ الرجلُ على خِطْبَةِ أخيه[٣]، ولا يَسِم على سَوْم

---

(١) وهذا هو الأصح، بأنه لا خيار للمشتري. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧).

(٢) حديث أبي هريرة هو جزء من حديث صحيح، رواه البخاري (٢/ ٧٥٢ كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه)، ومسلم (١٠/ ١٦٠ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه)، وأكثر الروايات «لا يبيع» بإثبات الياء على أن لا نافية. (المجموع ١٣/ ١٦).

(٣) يقال: خطب المرأة خِطبة بالكسر إذا طلب نكاحها، والخطب: الرجل الذي يخطب المرأة، ويقال أيضاً: هي خِطبة بالكسر، والخُطبة بالضم ما يلقيه الخطيب على الناس. (النظم ١/ ٢٩١).

أخيه»[1]، ولأن في ذلك إفساداً أيضاً وإنجاشاً، فلم يحل[2].

فأما إذا جاء إليه فطلب منه متاعاً فلم ينعم له، جاز لغيره أن يطلبه؛ لأنه لم يدخل على سَوْمه، وإن طلبه منه فسكت، ولم يظهر منه ردٌّ ولا إجابة، ففيه قولان، أحدهما: يحرم، والثاني: لا يحرم[3]، كالقولين في الخطبة على خطبة أخيه.

وأما إذا عرضت السلعة في النداء، جاز لمن شاء أن يطلبها، ويزيد في ثمنها، لما روى أنس رضي الله عنه عن «رجل من الأنصار أنه أصابه جَهْد[4] شديد هو وأهل بيته، فأتى رسول الله ﷺ وذكر ذلك له، فقال: ما عندي شيء، اِذهب فأتني بما كان عندك، فذهب فجاء بحلس وقدح[5]، فقال: يا رسول الله، هذا الحلس والقدح، فقال: من يشتري هذا الحلس والقدح، فقال رجل: أنا آخذهما بدرهم، فقال: من يزيد على درهم، فسكت القوم، قال من يزيد على درهم، فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين، قال: هما لك، ثم قال: إن المسألة لا تحل إلاَّ لثلاثة: لذي دَم موجع، أو فقر مُدْقع، أو غُرْم مفظع»[6]، ولأن في النداء لا يقصد رجلاً

---

(١) هذا الحديث عنون به البخاري (٢/ ٧٥٢)، وورد في أحاديث متعددة عند مسلم (١٠/ ١٦٠ وما بعدها)، ورواه النسائي بلفظ قريب (٧/ ٢٢٦ كتاب البيوع، باب سوم الرجل على سوم أخيه)، والترمذي (٤/ ٥١٤ كتاب البيوع، باب النهي عن البيع على بيع أخيه).

(٢) يحرم ذلك عند الشافعية بعد استقرار الثمن وقبل العقد، وذهب الجمهور إلى صحة البيع مع الإثم، وقال الحنابلة والمالكية بفساده. (المجموع ١٣/ ١٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧، الروضة ٣/ ٤١٣، شرح النووي على مسلم ١٠/ ١٦٤).

(٣) وهذا هو القول الراجح فلا يحرم، ولكن يكره. (مغني المحتاج ٢/ ٣٧، الروضة ٣/ ٤١٤).

(٤) الجَهْد: وهي حاجة وفقر وشدة. (النظم ١/ ٢٩١).

(٥) الحلس للبعير كساء رقيق يكون تحت البرذعة، وأحلاس البيت ما يبسط تحت الثياب، وفي الحديث «كن حلس بيتك»، وقولهم: نحن أحلاس الخيل أي نقتنيها، ونلزم ظهورها. (النظم ١/ ٢٩١، المجموع ١٣/ ١٩).

(٦) هذا الحديث رواه بهذا اللفظ أحمد (٣/ ١١٤)، ورواه عن أنس بلفظ «باع قَدَحاً وحلساً فيمن يزيد» (مسند أحمد ٣/ ١٠٠)، والنسائي (٧/ ٢٢٧ كتاب البيوع، باب البيع فيمن =

بعينه، فلا يؤدي إلى النجش والإفساد.

فصل [بيع حاضر لباد]:

ويحرم أن يبيع حاضر لباد[1]، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع[2] يريد بيعه، ويحتاج الناس إليه في البلد، فإذا باع اتسع، وإذا لم يبع ضاق، فيجيء إليه سمسار، فيقول: لا تبع حتى أبيع لك قليلاً، وأزيد في ثمنها، لما روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبع حاضر لباد»، قلت: ما لا يبع حاضر لباد؟ قال: «لا يكون له سِمساراً»[3]، وروى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبعْ حاضر لبادٍ، دعوا الناس يَرْزُق الله بعضهم من بعض»[4].

= يزيد)، وروى الترمذي القصة بدون القسم الأخير من الحديث «وإن المسألة...». (جامع الترمذي ٤/ ٤٠٩ كتاب البيوع، باب بيع من يزيد).
والمفظع والفظيع: العظيم من كل شيء، يقال: فظُع الأمر بالضم فظاعة فهو فظيع أي شديد شنيع جاوز المقدار، وأفظع الأمر فهو مفظع، والمدقع: أي شديد يفضي بصاحبه إلى الدقعاء، وهي التراب، وقيل: الدقع سوء احتمال الفقر، ويقال: دقع الرجل بالكسر أي لصق بالتراب ذلاً. (النظم ١/ ٢٩١).

(١) الحاضر: الذي يسكن المدن والقرى، والبادية بغير همز: الذي يسكن البادية. (النظم ١/ ٢٩١).

(٢) كل ما يتجر به يطلق عليه اسم المتاع، وأصله ما ينتفع به ويتبلغ. (النظم ١/ ٢٩١).

(٣) حديث ابن طاوس رواه البخاري (٢/ ٧٥٧ كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد)، ومسلم (١٠/ ١٦٤ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي)، وأخرجه أحمد وأصحاب السنن إلاّ الترمذي. (المجموع ١٣/ ٢٠).
والسمسرة البيع والشراء، ويقال للمتوسط بين البائع والمشتري: سِمْسار، والسمسار هو الدلال، وهو في الأصل القيم بالأمر والحافظ له، ثم استعمل في متولي البيع والشراء لغيره، ويأخذ على ذلك أجرة. (صحيح البخاري ٢/ ٧٥٨ هامش، النظم ١/ ٢٩١).

(٤) حديث جابر رواه مسلم (١٠/ ١٥٦ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي)، وأخرجه أحمد وأصحاب السنن (المجموع ١٣/ ٢٠).

فإن خالف، وباع له صح البيع[1]، لما ذكرناه في النجش، فإن كان البلد كبيراً، لا يضيق على أهله بترك البيع، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز للخبر، والثاني: يجوز؛ لأن المنع لخوف الإضرار بالناس، ولا ضرر ههنا[2].

فصل [تلقي الركبان]:

ويحرم تلقي الركبان، وهو أن يتلقى القافلة[3]، ويخبرهم بكساد[4] ما معهم من المتاع، ليغبِنَهم، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «نهى أنْ تُتلقى السلع[5] حتى يهبط بها الأسواق»[6]، ولأن هذا تدليس وغرر، فلم يحل.

فإن خالف واشترى صح البيع، لما ذكرناه في النجش، فإن دخلوا البلد، فبان لهم الغبن، كان لهم الخيار، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقوا الجَلَبَ[7]، فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار

---

(١) يصح البيع، ولكنه يحرم. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح فلا يحرم لأنه لم يضر بالناس، ولفقد الشروط (مغني المحتاج ٢/ ٣٦، الروضة ٣/ ٤١٢).

(٣) القافلة: هم المسافرون الذين قفلوا أي رجعوا، ثم كثر حتى سمي الذاهب أيضاً قافلة. (النظم ١/ ٢٩٢).

(٤) كسد الشيء: من باب قتل كساداً فهو كاسد إذا لم يبع، ولم يسأل عنه، وكذلك سوق كاسدة، وأصل الكساد الفساد. (النظم ١/ ٢٩٢، المجموع ١٣/ ٢٣).

(٥) السلع: جمع السلعة وهي الشيء الذي يتجر فيه من أي شيء كان. (النظم ١/ ٢٩٢).

(٦) حديث ابن عمر رواه البخاري (٢/ ٧٥٩ كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان)، ومسلم (١٠/ ١٦٢ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه).

(٧) الجَلَب مصدر بمعنى اسم مفعول، يعني أن يستقبلهم فيبتاع منهم قبل أن يعرفوا الأسعار، والجَلَب بالتحريك، والأجلاب الذين يجتلبون الإبل والغنم للبيع، ويقال لمن أتى بشيء سواه جالب، وفي الحديث «الجالب مرزوق» من هذا. (النظم ١/ ٢٩٢، المجموع ١٣/ ٢٤).

إذا أتى السوق»[1]، لأنه غرّهم ودلّس عليهم، فثبت لهم الخيار، كما لو دلس عليهم بعيب.

وإن بان لهم أنه لم يغبنهم، ففيه وجهان، أحدهما: أن لهم الخيار للخبر، والثاني: لا خيار لهم؛ لأنه ما غرّ ولا دلس[2].

وإن خرج إلى خارج البلد لحاجة غير التلقي، فرأى القافلة، فهل يجوز أن يبتاع منهم؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه لم يقصد التلقي، والثاني: لا يجوز؛ لأن المنع من التلقي للبيع، وهذا المعنى موجود، وإن لم يقصد التلقي فلم يجز[3].

فصل [التسعير]:

ولا يحل للسلطان التسعير[4]، لما روى أنس رضي الله عنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ، فقال الناس: يا رسول الله، سعّر لنا، فقال عليه السلام: «إن الله هو القابض، والباسط، والرازق، والمسعّر، وإني لأرجو أنْ ألقَى اللَّه وليسَ أحدٌ يطالبني بمظلمةٍ في نفسٍ ولا مالٍ»[5].

---

(١) حديث أبي هريرة رواه مسلم (١٠/ ١٦٣ كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب)، ورواه أحمد وأصحاب السنن. (المجموع ١٣/ ٢٣).

(٢) وهذا الوجه هو الأصح أنه لا خيار لهم لانتفاء المعنى. (مغني المحتاج ٢/ ٣٦، الروضة ٣/ ٤١٣).

(٣) وهذا هو الوجه الأصح، ويحرم وإن لم يقصد التلقي، لكن يصح البيع. (مغني المحتاج ٢/ ٣٦، الروضة ٣/ ٤١٣).

(٤) التسعير: يقال أسعر أهل السوق وسعروا إذا اتفقوا على سعر، وهو من سَعَر النار إذا رفعها، لأن السعر يوصف بالارتفاع، والتسعير جعل سعر معلوم ينتهي إليه ثمن الشيء، (النظم ١/ ٢٩٢)، وانظر تفصيل أحكام التسعير في (المجموع ١٣/ ٢٩ ـ ٤٤).

(٥) حديث أنس رواه أبو داود (٢/ ٢٤٤ كتاب البيوع، باب التسعير)، والترمذي (٤/ ٥٤٣ كتاب البيوع، باب في التسعير)، وابن ماجه (٢/ ٧٤١ كتاب التجارات، باب من كره أن يسعر)، وأحمد (٢/ ٣٣٧، ٣٧٣).

فـصــل [الاحتكار]:

ويحرم الاحتكار في الأقوات[1]، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء، ويمسكه ليزداد في ثمنه، ومن أصحابنا من قال: يكره، ولا يحرم، وليس بشيء، لما روى عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الجالبُ مرزوقٌ، والمحتكرِ ملْعُون»[2]، وروى معمر العدوي قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحتكر إلاَّ خاطىء»[3]، فدل على أنه حرام.

فأما إذا ابتاع في وقت الرخص، أو جاءه من ضيعته[4] طعام، فأمسكه، ليبيعه إذا غلا، فلا يحرم ذلك؛ لأنه في معنى الجالب، وقد روى عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون[5]»، وروى أبو الزناد قال: قلت لسعيد بن المسيب: بلغني عنك أنك قلت: إن رسول الله ﷺ قال: «لا يحتكر بالمدينة إلاَّ خاطىء»[6]، وأنت تحتكر!؟ قال: ليس هذا الذي قال

---

(١) الأقوات: جمع قوت، وهو ما يقوم به بدن الإنسان من الطعام، يقال: ما عنده قوت ليلة، وقيت ليلة، وقيت: أصله قوت، ولما كسرت القاف صارت الواو ياء. (النظم ٢/ ٢٩٢).

(٢) حديث عمر رواه ابن ماجه (٢/ ٧٢٨ كتاب التجارات، باب الحكرة والجلب)، والدارمي (٢/ ٦٩٩)، والبيهقي (٦/ ٣٠) وفي إسناده رجل ضعيف، لكن للحديث شواهد أخرى أقوى منه وأصح. (المجموع ٣/ ٤٤، ٤٥) منها الحديث الآتي عند معمر.

(٣) حديث معمر رواه مسلم (١١/ ٤٣ كتاب البيوع، باب تحريم الاحتكار في الأقوات)، وأبو داود (٢/ ٢٤٣ كتاب البيوع، باب النهي عن الحكرة)، والترمذي (٤/ ٤٨٥ كتاب البيوع، باب الاحتكار)، وابن ماجه (٢/ ٧٢٨ كتاب التجارات، باب الحكرة والجلب)، والدارمي (٢/ ٦٩٩).

(٤) الضيعة: العقار، والجمع ضياع، وهي المزارع والأرضون، وتصغيره: ضييعة، ولا يقال: ضويعة. (النظم ١/ ٢٩٢).

(٥) حديث عمر حديث ضعيف ومر بيانه في هذا الفصل هـ ٢.

والمحتكر: من حكر الطعام أي جمعه وحبسه يتربص به الغلاء، وهي الحُكرة بالضم. (النظم ١/ ٢٩٢).

(٦) هذ الحديث مر قبل قليل هـ ٣.

رسول الله ﷺ، إنما قال رسول الله ﷺ: «أن يأتي الرجل السلعة عند غلائها، فيغالي بها، فأما أن يأتي الشيء، وقد اتضع[1]، فيشتريه، ثم يضعه، فإن احتاج الناس إليه أخرجه، فذلك خير»[2].

وأما غير الأقوات، فيجوز احتكاره، لما روى أبو أمامة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يُحتكر الطعام»[3] فدل على أن غيره يجوز، ولأنه لا ضرر في احتكار غير الأقوات فلم يمنع منه.

بـــاب

اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع

إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن، ولم تكن بينة، تحالفا، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لو أن الناس أُعْطُوا بدَعاويهم، لادّعَى ناس من الناس، دماءَ ناسٍ وأموالَهم، لكنِ اليمينُ على المدعى عليه»[4]، فجعل اليمين على المدعى عليه، والبائع مدعى عليه بيع بألف، والمشتري مدعى عليه بيع بألفين، فوجب أن يكون على كل واحد منهما اليمينُ؛ لأن كل واحد منهما مدعى

---

(١) اتضع: أي كسد، يقال: وضع الرجل في تجارته وأوضع على ما لم يسم فاعله، ويقال: وضعت في تجارتك، وأنت موضوع فيها. (النظم ١/ ٢٩٢).

(٢) أثر أبي الزناد رواه الترمذي (٤/ ٤٨٥ كتاب البيوع، باب الاحتكار)، ورواه أبو داود مختصراً (٢/ ٢٤٣ كتاب البيوع، باب النهي عن الحكرة)، والبيهقي (٥/ ٣٣٢، ٦/ ٢٩، ٣٠).

(٣) حديث أبي أمامة رواه البيهقي (٦/ ٣٠).

(٤) حديث ابن عباس رواه بألفاظ قريبة البخاري (٤/ ١٦٥٦ كتاب التفسير، باب (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم)، وروى البخاري عن ابن عباس مرفوعاً «أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه» (٢/ ٨٨٨ كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن)، ومثله مسلم في الرواية الأولى (١٢/ ٢ كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه)، والبيهقي (١٠/ ٢٥٢)، والترمذي (٤/ ٥٧١ كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البيّنة على المدعي. . .).

عليه، ولا بينة، ، فتحالفا، كما لو ادَّعى رجل على رجل ديناراً، وادعى الآخر على المدعي درهماً.

فـصـل [البدء بيمين البائع]:

قال الشافعي رحمه الله: في «البيوع»: يُبدأ بيمين البائع، وقال في «الصداق»: إذا اختلف الزوجان يبدأ بيمين الزوج، والزوج كالمشتري، وقال في «الدعوى والبينات»: إن بدأ بالبائع خُيّر المشتري، وإن بدأ بالمشتري خُيّر البائع، وهذا يدل على أنه مخير بين أن يبدأ بالبائع، وبين أن يبدأ بالمشتري، فمن أصحابنا من قال: فيها ثلاثة أقوال[1]، أحدُها: يبدأ بالمشتري، لأن جنبته أقوى[2]؛ لأن المبيع على ملكه، فكان بالبداية أولى، والثاني: يبدأ بمن شاء منهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في الدعوى، فتساويا، كما لو تداعيا شيئاً في يديهما، والثالث: أنه يبدأ بالبائع، وهو الصحيح، لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا اخْتَلَفَ البَيِّعانِ فالقول ما قال البائع، والمبتاع بالخيار»[3]، فبدأ بالبائع، ثم خيّر المبتاع ولأن جنبته أقوى؛ لأنه إذا تحالفا رجع المبيع إليه، فكانت البداية به أولى، ومن أصحابنا من قال: هي على قول واحد أنه يبدأ بالبائع، ويخالف الزوج في «الصداق» لأن جنبته أقوى من جنبة الزوجة، لأن البُضْع[4] بعد التحالف على ملك الزوج، فكان بالتقديم أولى، وها هنا جَنَبَة البائع أقوى؛ لأن المبيع بعد التحالف على ملك البائع، فكان البائع بالتقديم أولى، والذي قال في

(١) هذه الطريقة هي الأصح، وأن الاختلاف على ثلاثة أقوال، وأظهرها أن يبدأ البائع، (الروضة ٣/ ٥٧٩)، وقال النووي: «ويبدأ بالبائع». (المنهاج ومغنى المحتاج ٢/ ٩٥).

(٢) الجَنَبَة: الجانب، ويقال: فلان لا يطور بجنبتنا أي لا يأتينا. (النظم ١/ ٢٩٣).

(٣) حديث ابن مسعود رواه الشافعي (بدائع المنن ٢/ ١٦٣)، والبيهقي (٥/ ٣٣٢، ٣٣٣).

(٤) البُضْـع: جمعـه أبضاع، مثل قفل وأقفال، يطلق على الفـرج والجمـاع، وملك بُضْعهـا أي جمـاعها، والبِضـاع الجمـاع وزنـاً ومعنى، وهـو اسم مـن باضعهـا مباضعـة. (المجمـوع ١٣/ ٥٣).

«الدعوى والبينات»: ليس بمذهب له، وإنما حكى ما يفعله الحاكم باجتهاده، لأنه موضع اجتهاد، فقال: إن حلف الحاكم البائع باجتهاده، خير المشتري، وإن حلف المشتري خير البائع.

فـصــل [اليمين على النفي والإثبات]:

ويجب أن يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات، لأنه يدّعي عقداً، وينكر عقداً، فوجب أن يحلف عليهما.

ويجب أن يُقدم النفي على الإثبات، وقال أبو سعيد الإصطخري: يقدم الإثبات على النفي كما قدمنا الإثبات على النفي في اللعان، والمذهب الأول؛ لأن الأصل في اليمين أن يبدأ بالنفي، وهي يمين المدعى عليه، فوجب أن يبدأ ههنا أيضاً بالنفي[1]، ويخالف اللعان فإنه لا أصل له في البداية بالنفي، وهل يجمع بين النفي والإثبات بيمين واحدة أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: يجمع بينهما بيمين واحدة، وهو المنصوص، في «الأم»، لأنه أقرب إلى فصل القضاء[2]، فعلى هذا يحلف البائع أنه لم يبع بألف، ولقد باع بألفين، ويحلف المشتري أنه ما اشترى بألفين، ولقد اشترى بألف، فإن نكل المشتري قضى للبائع، وإن حلف فقد تحالفا، والثاني: أنه يفرد النفي بيمين، والإثبات بيمين؛ لأنه دعوى عقد، وإنكار عقد، فافتقر إلى يمينين، ولأنا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة، حلفنا البائع على الإثبات قبل نكول المشتري عن يمين النفي، وذلك لا يجوز، فعلى هذا يحلف البائع أنه ما باع بألف، ثم يحلف المشتري أنه ما ابتاع بألفين، فإن نكل المشتري حلف البائع أنه باع بألفين، وقضى له، فإن حلف المشتري حلف البائع، أنه باع

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح، فيبدأ بالنفي لأنه الأصل. (الروضة ٣/ ٥٨٠، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٦).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح، قال النووي: «والصحيح أنه يكفي كل واحد يمين يجمع نفياً وإثباتاً». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٦، الروضة ٣/ ٥٨٠).

بألفين، ثم يحلف المشتري أنه ابتاع بألف، فإن نكل[1] قضي للبائع، وإن حلف فقد تحالفا.

فصل [فسخ العقد بعد التحالف]:

وإذا تحالفا وجب فسخ البيع؛ لأنه لا يمكن إمضاء العقد مع التحالف، وهل ينفسخ بنفس التحالف أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه ينفسخ بنفس التحالف، كما ينفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف، ولأن بالتحالف صار الثمن مجهولاً، والبيع لا يثبت مع جهالة العوض، فوجب أن ينفسخ، والثاني: أنه لا ينفسخ إلاّ بالفسخ بعد التحالف[2]، وهو المنصوص، لأن العقد في الباطن صحيح؛ لأنه وقع على ثمن معلوم، فلا ينفسخ بتحالفهما، ولأن البينة أقوى من اليمين.

ثم لو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه لم ينفسخ البيع؛ فلأن لا ينفسخ باليمين أولى، وفي الذي يفسخه وجهان، أحدهما: أنه يفسخه الحاكم؛ لأنه مجتهد فيه، فافتقر إلى الحاكم، كفسخ النكاح بالعيب والثاني: أنه ينفسخ بالمتعاقدين؛ لأنه فسخ لاستدراك الظلامة، فصح من المتبايعين، كالرد بالعيب[3].

فصل [الفسخ ظاهراً أو باطناً]:

وإذا فسخ، أو انفسخ، فهل ينفسخ ظاهراً وباطناً أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه، أحدها: ينفسخ ظاهراً وباطناً؛ لأنه فسخ بالتحالف، فوقع ظاهراً وباطناً، كفسخ النكاح باللعان، ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة، فصح ظاهراً وباطناً، كالرد بالعيب، والثاني: أنه ينفسخ في الظاهر دون الباطن، لأن سبب الفسخ هو الجهل

---

(١) يقال نكل عن الشيء إذا تأخر عنه، وامتنع منه هيبة وجبناً. (النظم ١/ ٢٩٣).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح، وأن العقد لا ينفسخ بالتحالف. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٦).

(٣) وهذا هو الوجه الأصح، ويكون الفسخ للعاقدين، ولأحدهما، فإن لم يفسخا واستمرا على النزاع فسخ الحاكم. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٦، الروضة ٢/ ٥٨١).

بالثمن، والثمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن. والثالث: أنه إن كان البائع هو الظالم، وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن، لأنه يمكنه أن يصدق المشتري، ويأخذ منه الثمن، ويسلم إليه المبيع؛ فإذا لم يفعل كان ممتنعاً من تسليم المبيع بظلم، فلم ينفسخ البيع، وإن كان البائع مظلوماً، انفسخ ظاهراً وباطناً؛ لأنه تعذر عليه أخذ الثمن، ووجد عين ماله، فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله، كما لو أفلس المشتري، ووجد البائع عين ماله[1].

فإن قلنا: إن الفسخ يقع في الظاهر والباطن، عاد المبيع إلى ملك البائع، وإلى تصرفه، وإن قلنا: أن الفسخ في الظاهر دون الباطن، نظرتَ: فإن كان البائع هو الظالم لم يجز له قبض المبيع، والتصرف فيه، بل يلزمه أن يأخذ ما أقرّ به المشتري من الثمن، ويسلم المبيع إليه، وإن كان مظلوماً لم يجز له التصرف في المبيع بالوطء، والهبة، لأنه على ملك المشتري، ولكن يستحق البائع الثمن في ذمة المشتري، ولا يقدر على أخذه منه، فيبيع من المبيع بقدر حقه، كما نقول فيمن له على رجل دين، لا يقدر على أخذه منه، ووجد شيئاً من ماله.

فصل [الاختلاف بعد هلاك السلعة]:

وإن اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة في يد المشتري، تحالفا، وفسخ البيع بينهما، لأن التحالف يثبت لرفع الضرر، واستدراك الظلامة، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة، فوجب أن يثبت التحالف.

فإذا تحالفا رجع بقيمته[2]، ومتى تعتبر قيمته؟ فيه وجهان، أحدهما: تجب قيمته يوم التلف، والثاني: تجب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم

---

(١) الوجه الثالث بالتفصيل هو الأصح. (الروضة ٣/ ٥٨٢).

(٢) يرجع البائع بالقيمة إن كان المبيع قيمياً، وبمثله إن كان مثلياً على المشهور، خلافاً لما تفهمه عبارة المصنف من وجوب القيمة مطلقاً. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٧).

التلف، وقد ذكرنا دليل الوجهين في هلاك السلعة في البيع الفاسد[1].

فإن زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن، وجب ذلك، وحكى عن أبي علي بن خيران أنه قال: ما زاد على الثمن لا يجب؛ لأن البائع لا يدعيه، فلم يجب، كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه، والمذهب الأوّل؛ لأنه بالفسخ سقط اعتبار السلعة، فالقول قول المشتري؛ لأنه غارم، فكان القول قوله كالغاصب، فإن تقايلا، أو وجد بالمبيع عيباً، فردَّه واختلفا في الثمن، فقال البائع: الثمن ألف، وقال المشتري: الثمن ألفان، فالقول قول البائع؛ لأن البيع قد انفسخ، والمشتري مدع، والبائع منكر، فكان القول قوله.

فصل [تحالف الورثة]:

وإن مات المتبايعان، فاختلف ورثتهما، تحالفوا؛ لأنه يمين في المال، فقام الوارث فيها مقام الموروث، كاليمين في دعوى المال[2].

وإن كان البيع بين وكيلين، واختلفا في الثمن، ففيه وجهان، أحدهما: يتحالفان؛ لأنهما عاقدان، فتحالفا كالمالكين[3]، والثاني: لا يتحالفان؛ لأن اليمين تعرض حتى يخاف الظالم منهما، فيرجع، والوكيل إذا أقر ثم رجع لم يقبل رجوعه، فلا تثبت اليمين في حقه.

فصل [الاختلاف في القدر والعين]:

وإن اختلف المتبايعان في قدر المبيع، تحالفا، لما ذكرنا في

---

(١) مر ذلك صفحة ٥٣ ــ ٥٤، ونص النووي هنا أنه يلزمه قيمته عند الإتلاف بعد العقد، وهي قيمته يوم التلف في أظهر الأقوال. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٧).

(٢) قال النووي: «واختلاف ورثتهما لهُما». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٧)، وانظر: المجموع ١٣/ ٧٨.

(٣) وهذا هو الوجه الأصح، قال النووي: «قلت: ينبغي أن يكون الأصح التحالف، وفائدته الفسخ أو أن ينكل أحدهما فيحلف الآخر». (الروضة ٣/ ٥٨٥).

الثمن[1].

وإن اختلفا في عين المبيع، بأن قال البائع: بعتك هذا العبد بألف، وقال المشتري: بل اشتريت هذه الجارية بألف، ففيه وجهان، أحدهما: يتحالفان؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقداً ينكره الآخر، فأشبه إذا اختلفا في قدر المبيع[2]، والثاني: أنهما لا يتحالفان، بل يحلف البائع، أنه ما باعه الجارية، ويحلف المشتري أنه ما اشترى العبد، وهو اختيار الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله؛ لأنهما اختلفا في أصل العقد في العبد والجارية، فكان القول فيه قول من ينكر، كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبداً[3]، والآخر جارية، من غير عقد، فإن أقام البائع بينة أنه باعه العبد، وجب على المشتري الثمن، فإن كان العبد في يده أُقِرَ في يده، وإن كان في يد البائع، ففيه وجهان، أحدهما: يُجبر المشتري على قبضه؛ لأن البينة قد شهدت له بالملك، والثاني: لا يجبر؛ لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه فلم يسلم إليه، فعلى هذا يسلم إلى الحاكم، ليحفظه[4].

فصل [الاختلاف في شرط الخيار والأجل]:

وإن اختلفا في شرط الخيار، أو الأجل، أو الرهن، أو في قدرها، تحالفا، لما ذكرناه في الثمن[5].

فإن اختلفا في شرط يفسد البيع، ففيه وجهان، بناء على القولين في شرط

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٤ ـ ٩٥.

(٢) هذا هو الوجه الأصح، قال الشربيني: «ولو اختلفا في عين المبيع فقط... تحالفا إن كان الثمن معيناً». (مغني المحتاج ٢/ ٩٥).

(٣) في المطبوعة: عبد بالرفع، وهو خطأ مطبعي، (انظر: المجموع ١٣/ ٧٨).

(٤) هذا هو الوجه الأصح، قال الشربيني: «ويقر العين في يده (المشتري) إن كان قبضه، وإلاّ فيترك عند القاضي حتى يدعيه كما جزم به ابن أبي عصرون... وقال أبو الحسن السلمي: إنه الصحيح». (مغني المحتاج ٢/ ٩٥).

(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٥.

الخيار في «الكفالة»، أحدهما: أن القول قول من يدعي الصحة؛ لأن الأصل عدم ما يفسد[(١)]، والثاني: أن القول قول من يدعي الفساد؛ لأن الأصل عدم العقد، فكان القول قول من يدعي ذلك، فإن اختلفا في الصرف بعد التفرق، فقال أحدهما: تفرقنا قبل القبض، وقال الآخر: تفرقنا بعد القبض، ففيه وجهان، أحدهما: أن القول قول من يدعي التفرق قبل القبض؛ لأن الأصل عدم القبض، والثاني: أن القول قولُ من يدعي التفرق بعد القبض؛ لأن الأصل صحة العقد[(٢)].

وإن اختلفا بعد التفرق، فقال أحدهما: تفرقنا عن تراض، وقال الآخر: تفرقنا عن فسخ البيع، ففيه وجهان، أحدهما: أن القول قول من يدعي التراضي؛ لأن الأصل عدم الفسخ، وبقاء العقد، والثاني: أن القول قول من يدعي الفسخ؛ لأن الأصل عدم اللزوم، ومنع المشتري من التصرف[(٣)].

فأما إذا اختلفا في عيب المبيع، ومثله يجوز أن يحدث، فقال البائع: عندك حدث العيب، وقال المشتري: بل حدث عندك، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم العيب.

فإن اختلفا في المردود بالعيب، فقال المشتري: هو المبيع، وقال البائع: الذي بعتك غير هذا، فالقول قول البائع، لأن الأصل سلامة المبيع، وبقاء العقد،

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح، لأنهما اتفقا على وجود العقد، واختلفا في زيادة الشرط المفسد، فالقول لمن ينكره ويدعي الصحة مع يمينه، ولأن الظاهر أن المسلم يتعاطى الصحيح أكثر من المفسد. (المجموع ١٣/ ٨١). قال النووي: «الأصح عند الأكثرين أن القول قول من يدعي الصحة، وهو ظاهر نصه». (الروضة ٣/ ٥٧٧).

(٢) الوجه الثاني هو الأصح، وأن التفرق بعد القبض، لأنه يدعي الصحة كالسابق.

(٣) الوجه الأول هو الأصح، وأن الأصل عدم الفسخ، قال النووي: «ولو تنازعا في التفرق أو الفسخ قبله صُدق النافي» بيمينه، لأن الأصل دوام الاجتماع وعدم الفسخ. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٦).

فكان القول قوله[1].

فإن اشترى عبدين، فتلف أحدهما، ووجد بالآخر عيباً، فردَّه، وقلنا: إنه يجوز أن يرد أحدهما، واختلفا في قيمة التالف، ففيه قولان، أحدهما: وهو الصحيح، إن القول قول البائع؛ لأنه ملك جميع الثمن، فلا يزال ملكه إلاّ عن القدر الذي يقر به، كالمشتري والشفيع إذا اختلفا في الثمن، فإن القول قول المشتري؛ لأنه ملك الشقص، فلا يزال إلاّ بما يقر به، والثاني: أن القول قول المشتري، لأنه كالغارم، فكان القول قوله.

فإن باعه عشرة أقفزة[2] من صبرة، وسلمها بالكيل، فادعى المشتري أنها دون حقه، ففيه قولان، أحدهما: أن القول قول المشتري؛ لأن الأصل أنه لم يقبض جميعه، والثاني: أن القول قول البائع؛ لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفي جميعه، فجعل القول قول البائع[3].

فصل [البدء بتسليم المبيع أو الثمن]:

إذا باعه سلعة بثمن في الذمة، ثم اختلفا، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع، فقد اختلف أصحابنا فيه.

---

(١) انظر: الروضة ٣/ ٥٧٧.

(٢) قال الجوهري: القفيز: ثمانية مكاكيك، والمكوك: مكيال، وهو ثلاثة كيلجات، والكيلجة: مَنّا وسبعة أثمان، والمن: رطلان، والرطل: اثنا عشر أوقية، والأوقية: أستار وثلثا أستار، والأستار: أربعة مثاقيل ونصف، والمثقال: درهم وثلاثة أسباع الدرهم، والدرهم: ستة دوانيق، والدانق: قيراطان، والقيراط: طسوجان، والطسوج: حبتان، والحبة: سدس ثمن الدرهم، وهو جزء من ثمانية وأربعون جزءاً من الدرهم. (النظم ١/ ٢٩٥).

والقفيز ١٢ صاعاً، والصاع يساوي ٢٧٥١ غراماً عند الشافعية وفقهاء الحجاز. (الفقه الإسلامي ١/ ٧٥).

(٣) وهذا هو الوجه الأصح، وأن القول قول البائع. (الروضة ٣/ ٥٧٨).

فمنهم من قال: فيه ثلاثة أقوال، أحدهما: يجبر البائع على إحضار المبيع، والمشتري على إحضار الثمن، ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة؛ لأن التسليم واجب على كل واحد منهما، فإذا امتنعا أجبرا، كما لو كان لأحدهما على الآخر دراهم، وللآخر عليه دنانير، والثاني: لا يجبر واحد منهما، بل يقال من يسلم منكما ما عليه، أجبر الآخر على تسليم ما عليه؛ لأن على كل واحد منهما حقاً في مقابلة حق له، فإذا تمانعا يجبر واحد منهما، كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعي فنكل، والثالث: أنه يجبر البائع على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري، وهو الصحيح[١]؛ لأن حق المشتري متعلق بعين، وحق البائع في الذمة، فقدم ما تعلق بعين، كأرش الجناية مع غيرها من الديون، ولأن البائع يتصرف في الثمن في الذمة، فوجب أن يجبر البائع على التسليم، ليتصرف المشتري في المبيع.

ومن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد، وهو أنه يجبر البائع على تسليم المبيع، كما ذكرناه، وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي عن غيره، ولم يختره.

فعلى هذا ينظر فيه، فإن كان المشتري موسراً، نظرتَ: فإن كان ماله حاضراً أجبر على تسليمه في الحال، وإن كان في داره، أو دكانه حجر عليه في المبيع، وفي سائر أمواله إلى أن يدفع الثمن؛ لأنه إذا لم يحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه، فيضر بالبائع، وإن كان غائباً منه على مسافة يقصر فيها الصلاة، فللبائع أن يفسخ البيع، ويرجع إلى عين ماله، لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن، فجاز له الرجوع إلى عين ماله، كما لو أفلس المشتري[٢]، وإن كان على مسافة لا تقصر

---

(١) وهذا هو القول الصحيح في الأظهر، وهو المذهب، ويجبر البائع على تسليم السلعة، وفي المسألة قول رابع. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٧٤، المجموع ١٣/٨٥، الروضة ٣/٥٢٢).

(٢) هذا هو الأصح، وفي المسألة وجه آخر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٧٥، الروضة ٣/٥٢٣).

فيها الصلاة، ففيه وجهان، أحدهما: ليس له أن يختار عين ماله؛ لأنه في حكم الحاضر[1]، والثاني: له أن يختار عين ماله؛ لأنه يخاف عليه الهلاك فيما قرب، كما يخاف عليه فيما بعد.

وإن كان المشتري معسراً ففيه وجهان، أحدهما تُباع السلعة، ويقضي دينه من ثمنها، والمنصوص أنه يرجع إلى عين ماله؛ لأنه تعذر الثمن بالإعسار فثبت له الرجوع إلى عين ماله، كما لو أفلس بالثمن[2].

وإن كان الثمن معيناً، ففيه قولان، أحدهما: يجبران[3]، والثاني: لا يجبر واحد منهما، ويسقط القول الثالث أنه يجبر البائع؛ لأن الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين، والمنع من التصرف فيه قبل القبض.

فصل [دفع الثمن لتسليم المبيع]:

وإن باع من رجل عيناً، فأحضر المشتري نصف الثمن، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجبر البائع على تسليم شيء من المبيع؛ لأنه محبوس بدين فلا يسلم شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن[4]، والثاني: أنه يجبر على تسليم نصف المبيع؛ لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر، وكل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن، فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما في مقابلته، ويخالف الرهن في الدين؛ فإن الرهن ليس بعوض من الدين، وإنما هو وثيقة به، فجاز له حبسه إلى أن يستوفيَ جميع الدين.

---

(١) هذا هو الوجه الأصح، وأن المال إذا كان بالبلد أو بمسافة قريبة سواء، ويحجر عليه في أمواله حتى يُسلِّم. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٧٥، الروضة ٣/ ٥٢٣).

(٢) الوجه الأصح هو الثاني، وهو المنصوص، قال النووي: «فإن كان معسراً فللبائع الفسخ بالفلس». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٧٥)، وانظر: الروضة ٣/ ٥٢٣.

(٣) وهذا هو القول الأصح، قال النووي: «وأجبرا في الأظهر». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٧٥).

(٤) وهذا هو الوجه الأصح كما يفهم من كلام النووي. (الروضة ٣/ ٥٢٤).

وإن باع من اثنين عبداً بثمن، فأحضر أحدهما نصف الثمن، وجب تسليم حصته إليه؛ لأنه أحضر جميع ما عليه من الثمن، فوجب تسليم ما في مقابلته من المبيع، كما لو اشترى عيناً، وأحضر ثمنها[1]، والله أعلم.

فـصـل [تلف المبيع قبل التسليم]:

إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم، لم يخل إما أن يكون ثمرة، أو غيرها، فإن كان غير الثمرة نظرتَ: فإن كان تلفه بآفة سماوية[2] انفسخ البيع؛ لأنه فات التسليم المستحق بالعقد، فانفسخ البيع، كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض[3].

فإن كان المبيع عبداً فذهبت يده بآكلة، فالمبتاع بالخيار بين أن يرد، وبين أن يمسك، فإن اختار الردّ رجع بجميع الثمن، وإن اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن؛ لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء، فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن.

وإن أتلفه أجنبي ففيه قولان، أحدهما: أنه ينفسخ البيع؛ لأنه فات التسليم المستحق بالعقد، فانفسخ البيع، كما لو تلف بآفة سماوية، والثاني: أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن، وبين أن يقر البيع ويرجع على الأجنبي بالقيمة؛ لأن القيمة عوض عن المبيع، فقامت مقامه في القبض[4].

فإن كان عبداً، فقطع الأجنبي يده، فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن، وبين أن يجيزه ويرجع على الجاني بنصف قيمته.

---

(١) في وجوب التسليم وجه آخر في باب تفريق الصفقة. (الروضة ٣/ ٥٢٤ ــ ٥٢٥).

(٢) الآفة: العاهة، وقد أُيف الزرع، على ما لم يسم فاعله، أي أصابته آفة، فهو مؤوف، مثال: معوف. (النظم ١/ ٢٩٦، المجموع ١٣/ ٩١).

(٣) قال النووي: «حتى لو أبرأه المشتري عن الضمان لم يبرأ في الأظهر، ولم يتغير الحكم». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٦٦)، وانظر: الروضة ٣/ ٤٩٩.

(٤) هذا هو القول الأصح فلا ينفسخ البيع، ويتخير المشتري بين أن يجيز ويغرم الأجنبي، أو يفسخ ويغرم البائع الأجنبي. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٦٧، الروضة ٣/ ٥٠٠).

فإن أتلفه البائع ففيه طريقان، قال أبو العباس: فيه قولان كالأجنبي، وقال أكثر أصحابنا: ينفسخ البيع قولاً واحداً؛ لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن، فلا يجوز أن يكون مضموناً عليه بالقيمة، بخلاف الأجنبي، فإن المبيع غير مضمون عليه بالثمن، فجاز أن يضمنه بالقيمة[1].

فإن كان عبداً فقطع البائع يده، ففيه وجهان، قال أبو العباس: المبتاع بالخيار إن شاء فسخ البيع ورجع بالثمن، وإن شاء أجازه ورجع على البائع بنصف القيمة، وقال أكثر أصحابنا: هو بالخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجازه، ولا شيء له؛ لأنه جزء من المبيع فلا يضمنه البائع بالقيمة قبل القبض، كما لو ذهب بآكلة[2].

فإن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن؛ لأن الإتلاف كالقبض[3]، ولهذا لو أعتقه جعل إعتاقه كالقبض، فكذلك إذا أتلفه، فإن كان عبداً فقطع يده لم يجز له أن يفسخ؛ لأنه نقص بفعله؛ فإن اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على المشتري بأرش النقص، فيُقوَّم مع اليد، ويُقوَّم بلا يد، ثم يرجع بما نقص من الثمن، ولا يرجع بما نقص من القيمة؛ لأن المبيع مضمون على المشتري بالثمن، فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص من القيمة.

وإن كان المبيع ثمرة، فإن كان على الأرض فهو كغير الثمرة، وقد بيناه، وإن كانت على الشجر، نظرتَ: فإن تلفت قبل التخلية فهي كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض، وقد بيناه، فإن تلفت بعد التخلية، ففيه قولان، أحدهما: بأنها تتلف من ضمان المشتري؛ لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف، فدخل في ضمانه

---

(١) الطريق الأصح أن الحكم على قولين، وأظهرهما ينفسخ البيع كالآفة. (الروضة ٣/ ٥٠٠).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح، فالمذهب ثبوت الخيار لا التغريم. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٦٨).

(٣) إن إتلاف المشتري قبض إن علم أنه المبيع حالة إتلافه، وإلاً فقولان أصحهما أنه قبض. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٦٦، ٦٧).

كالنقل فيما ينقل[1]، والثاني: أنها تتلف من ضمان البائع، لما روى جابر رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «إن بعت من أخيك تمراً فأصابته جائحة[2]، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[3]، وروى جابر أيضاً أن النبي ﷺ: «أمر بوضع الجوائح»[4]، فإن قلنا بهذا، فاختلفا في الهالك، فقال البائع: الثلث، وقال المشتري: النصف، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم الهلاك، وإن بلغت الثمار وقت الجِداد فلم ينقل حتى هلكت، كان هلاكها من ضمان المشتري؛ لأنه وجب عليه النقل فلم يلزم البائع ضمانها، والله أعلم.

باب

السلم

السلم[5] جائز لقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمَنُوا إذا تَدَايَنْتُم بدَيْنٍ إلى أجلٍ مُسَمًّى فاكتبُوه﴾ [البقرة: ٢٨٢]، قال ابن عباس: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله في كتابه، وأذن فيه، فقال: ﴿يا أيّها الذينَ آمَنُوا إذا تداينْتُم بدينٍ

---

(١) هذا هو القول الأصح، وأن التلف والهلاك بعد التخلية من ضمان المشتري على الجديد. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٢).

(٢) الجائحة: الاستئصال، ومنه الجائحة وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة، أو آفة أو فتنة، يقال: جاحتهم الجائحة، واجتاح الله ماله أي أهلكه، والجائحة هي الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها. (النظم ١/ ٢٩٦، المجموع ١٣/ ٩١).

(٣) حديث جابر رواه مسلم (١٠/ ٢١٦ كتاب البيوع، باب وضع الجوائح)، ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجه (المجموع ١٣/ ٩٠).

(٤) هذا جزء من حديث رواه الشافعي. (بدائع المنن ٢/ ١٧٢)، والبيهقي (٥/ ٣٠٦).

(٥) السلم: الاسم من أسلمت، وهو تسليم رأس المال، والسلف: كل ما قدمه الإنسان قبله، ومنه السلف الذين تقدموا من الآباء وغيرهم. (النظم ١/ ٢٩٦).
والسَلَم بفتحتين هو الاستسلام، وأسلم في الطعام أسلف فيه، قال الماوردي: السلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق. (المجموع ١٣/ ٩٤)، والسلم في الاصطلاح الفقهي أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل. (المرجع السابق).

إلى أجلٍ مُسَمًّى فاكتبوه﴾[1] [البقرة: ٢٨٢].

فصل [شروط المسْلِم]:

ولا يصح السلم إلاَّ من مطلق التصرف في المال؛ لأنه عقد على مال فلا يصح إلاَّ من جائز التصرف، كالبيع، قال الشافعي رحمه الله: ويصح السلم من الأعمى، قال المزني رحمه الله: أعلم من نطقه أنه أراد الأعمى الذي عرف الصفات قبل أن يعمى[2]، قال أبو العباس: هذا الذي قاله المزني حسن، فأما الأكمه[3] الذي لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه؛ لأنه يعقد على مجهول، وبيع المجهول لا يصح، وقال أبو إسحاق: يصح السلم من الأعمى، وإن كان أكمه؛ لأنه يعرف الصفات بالسماع[4].

فصل [ألفاظ السلم]:

وينعقد بلفظ السلف، والسلم، وفي لفظ البيع وجهان، من أصحابنا من قال: لا ينعقد السلم بلفظ البيع، فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعاً، ولا يشترط فيه قبض العوض في المجلس، لأن السلم غير البيع، فلا ينعقد بلفظه.

ومنهم من قال: ينعقد؛ لأنه نوع بيع يقتضي القبض في المجلس، فانعقد بلفظ البيع كالصرف[5].

---

(١) أثر ابن عباس رواه الشافعي والبغوي في تفسيره. (بدائع المنن ٢/ ١٨٧)، وجاء في المطبوعة، والمجموع (١٣/ ٩٣) «قد أجله»، والصواب: قد أحله.

(٢) قول المزني مرجوح، والأصح صحة السلم من الأعمى مطلقاً، قال النووي: «ويصح سلم الأعمى، وقيل إن عمي قبل تمييزه فلا». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١).

(٣) الأكمه: الذي يولد أعمى، وقد كَمِه بالكسر كمهاً. (النظم ١/ ٢٩٧).

(٤) وهذا الوجه الذي قاله أبو إسحاق هو الأصح، لأن الأعمى والأكمه يعرف الصفات بالسماع، ويتخيل فرقاً بينها. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١).

(٥) هذا هو الوجه الأصح، وينعقد السلم بلفظ البيع بشرط القبض في المجلس، وكلام الشافعي في السلم يطلق عليه لفظ البيع، فهو نوع خاص من أنواع البيوع بشروط. =

فصل [خيار المجلس والشرط]:

ويثبت فيه خيار المجلس لقوله ﷺ: «المُتَبايعَانِ بالخَيارِ ما لم يَفْتَرِقا»(١).

ولا يثبت فيه خيار الشرط؛ لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه، ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العِوَض(٢)، فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه.

فصل [السلم المؤجل والحال، والمعلوم والمعدوم]:

ويجوز مؤجلاً للآية(٣)، ويجوز حالاً؛ لأنه إذا جاز مؤجلاً فلأن يجوز حالاً، وهو من الغرر أبعد، أولى، ويجوز في المعدوم إذا كان موجوداً عند المحل، لما روى ابن عباس رضي الله عنه قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة، وهم يُسلفونَ في الثمرةِ السنتين والثلاث، فقال: أسلفوا في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»(٤)، فلو لم يجزالسلم في المعدوم لنهاهم عن السلم في الثمار السنتين

= (المجموع ١٣/ ١٠٥).
أما إذا قال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد فليس بسلم، ولا ينعقد بيعاً في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٠٤).

(١) هذا حديث صحيح، رواه الشيخان عن ابن عمر، وسبق بيانه ص ١١ هـ ٣، ورواه أصحاب السنن إلاَّ ابن ماجه. (المجموع ١٣/ ١٠٦).

(٢) ذلك العوض هو رأس المال، وهو الثمن الذي يجب تسليمه في المجلس الذي وقع العقد به قبل التفرق منه. (المجموع ١٣/ ١٠٦).

(٣) وهي قوله تعالى: ﴿إلى أجل مسمى﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وجواز السلم مؤجلاً مجمع عليه. (المجموع ١٣/ ١٠٨).

(٤) حديث ابن عباس رواه البخاري (٢/ ٧٨١ كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم)، ومسلم (١١/ ٤١ كتاب المساقاة، باب السلم)، وأبو داود (٢/ ٢٤٦ كتاب الإجارة، باب السلف)، والنسائي (٧/ ٢٥٥ كتاب البيوع، باب السلف في الثمار)، والترمذي (٤/ ٥٣٩ كتاب البيوع، باب السلف في الطعام)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٥)، والشافعي (بدائع المنن ٢/ ١٨٦)، والبيهقي (٦/ ٢٤).

والثلاث، ويجوز السلم في الموجود؛ لأنه إذا جاز السلم في المعدوم فلأن يجوز في الموجود أولى؛ لأنه أبعد من الغرر.

فصل [أنواع المسلم فيه]:

ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه، وتضبط صفاته[1]، كالأثمان، والحبوب، والثمار، والثياب، والدواب، والعبيد، والجواري، والأصواف، والأشعار، والأخشاب، والأحجار، والطين، والفخار، والحديد، والرصاص، والبلور[2]، والزجاج، وغير ذلك من الأموال التي تباع، وتضبط بالصفات، والدليل عليه حديث ابن عباس في الثمار[3]، وروى عبد الله بن أبي أوفى قال: «كنا نُسلف، ورسولُ الله ﷺ فينا، في الزيت، والحنطة»[4]، وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ «أمره أن يجهز جيشاً فنفدت الإبل[5]، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة، وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة»[6]، وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في السلم في الكرابيس إذا كان

---

(١) يعني مما يمتنع الخلاف فيه إذا وصفت، ويمكن تمييزها عن غيرها إذا وصفت بصفاتها. (المجموع (١٣/ ١١٠).

(٢) الفخار: مشدد الخزف الذي يعمل منه الآنية، والأصواف من الضأن، والشعر من الماعز، والبلور: أبيض شفاف من أصل الخلقة، وقد يلون. (النظم ١/ ٢٩٧).

(٣) حديث ابن عباس سبق بيانه في الفصل السابق ص ١٦٢ هـ ٤.

(٤) حديث عبد الله بن أبي أوفى رواه البخاري بلفظ «كنا نسلف... في الحنطة والشعير والزيت» (صحيح البخاري ٢/ ٧٨٢ كتاب السلم، باب السلم إلى من ليس عنده أصل)، ورواه أبو داود بلفظ «في الحنطة والشعير والتمر والزبيب» (٢/ ٢٤٧ كتاب الإجارة، باب في السلف)، والنسائي (٢/ ٢٥٥ كتاب البيوع، باب السلف في الثمار)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٦)، والبيهقي (٦/ ٢٥).

(٥) نفد الشيء: ذهب ولم يبق منه شيء، وأنفدته أنا إنفاداً. (النظم ١/ ٢٩٧).

(٦) حديث عبد الله بن عمرو رواه أبو داود، وسبق بيانه ص ٦٢ هـ ٦، والقلاص جمع قلوص، وهي من الإبل بمنزلة الشابة من النساء. (المجموع ١٣/ ١١٠).

ذرعاً معلوماً إلى أجل معلوم فلا بأس[1]، وعن أبـي النضر قال: سُئل ابن عمر رضي الله عنه عن السلم في السرق[2]، قال: لا بأس[3]، والسرق الحرير، فثبت جواز السلم فيما رويناه بالأخبار، وثبت فيما سواه مما يباع ويضبط بالصفات[4] بالقياس على ما ثبت بالأخبار؛ لأنه في معناه.

فـصـل [ما لا يضبط بالصفة]:

وأما ما لا يضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه؛ لأنه يقع البيع فيه على مجهول، وبيع المجهول لا يجوز، قال الشافعي رحمه الله: ولا يجوز السلم في النبل، لأن دقته وغلظه مقصود، وذلك لا يضبط، ولا يجوز في الجواهر، كاللؤلؤ، والعقيق، والياقوت، والفيروزج[5]، والمَرْجان[6]، لأن صفاءها مقصود على قدر صفائها يكون ثمنها، وذلك لا يضبط بالوصف. ولا يجوز السلم في الجلود؛ لأن جلد الأوراك غليظ، وجلد البطن رقيق، ولا يضبط قدر رقته وغلظه، ولأنه مجهول المقدار؛ لأنه لا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه.

---

(١) أثر ابن عباس رواه البيهقي (٦/٢٦)، والكرابيس جمع كرباس، وهو نسيج خشن. (المجموع ١٣/ ١١٠).

(٢) السرق: هي شقق الحرير، إلاَّ أنها البيض منها، الواحدة: سرقة، وأصلها بالفارسية سره، فعرب، فجعلت هاؤه قافاً. (النظم ١/ ٢٩٧).

(٣) قال الترمذي: «والعمل على هذا عند أهل العلم من أحاديث النبـي ﷺ وغيرهم، أجازوا السلف في الطعام والثياب». (جامع الترمذي ٤/ ٥٣٩ كتاب البيوع، باب السلف في الطعام والتمر).

(٤) ضبط الشيء حفظه بالحزم، والرجل ضابط أي حازم، والضبط لزوم الشيء بقوة، ورجل ضابط شديد البطش. (النظم ١/ ٢٩٧).

(٥) الياقوت معروف، والفيروزج: جنس مثمن من الجواهر، سماوي اللون. (النظم ١/ ٢٩٧).

(٦) المَرْجان: بفتح الجيم صغار اللؤلؤ. (النظم ١/ ٢٩٧).

ولا يجوز في الرَّقِ[1] لأنه لا يضبط رقته وغلظه، ويجوز في الورق؛ لأنه معلوم القدر معلوم الصفة.

فصل [السلم فيما عملت فيه النار]:

ولا يجوز فيما عملت فيه النار، كالخبز والشواء؛ لأن عمل النار فيه يختلف، فلا يضبط.

واختلف أصحابنا في اللبأ[2] المطبوخ، فقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله: لا يجوز؛ لأن النار تعقد أجزاءه فلا يضبط، وقال القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله: يجوز؛ لأن ناره لينة[3].

فصل [السلم في الأجناس]:

ولا يجوز فيما يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز، كالغالية[4]، والند، والمعجون[5]، والقوس، والخف، والحنطة التي فيها الشعير؛ لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه.

ولا يجوز فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة، كاللبن المشوب بالماء، والحنطة التي فيها الزوان؛ لأن ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد.

---

(١) الرَّق: بفتح الراء جلد رقيق يكتب عليه قال الله تعالى: ﴿في رَق منشور﴾ [الطور: ٣]، (النظم ١/ ٢٩٧).

(٢) اللبأ على فعل، مقصور مهموز، أول اللبن في النتاج، يجمد بنار لينة. (النظم ١/ ٢٩٧).

(٣) الأصح قول أبي الطيب في جواز السلم باللبأ، لأنه دخلته نار خفيفة كما صححه النووي. (مغني المحتاج ٢/ ١١٤).

(٤) الغالية طيب مجموع من المسك والكافور والعنبر، يخلط بماء الورد، ثم يسك على حجر فيطيب به، ويقال: إن أول من سماه بذلك سليمان بن عبد الملك، يقال: منه تغليت بالغالية، ويقال: إن عبد الله بن جعفر أهدى لمعاوية قارورة من الغالية، فسأله: كم أنفق عليها، فذكر مالاً، فقال: هذه غالية. (النظم ١/ ٢٩٨، المجموع ١٣/ ١٢٤).

(٥) المعجون: شبه الغالية، وهو أنواع من الطيب تعجن بماء الورد. (النظم ١/ ٢٩٨).

ويجوز فيما خالطه غيره للحاجة، كخل التمر وفيه الماء، والجبن وفيه الإنفحة[1]، والسمك المملوح وفيه الملح؛ لأن ذلك من مصلحته، فلم يمنع جواز العقد.

ويجوز في الأدهان المطيبة؛ لأن الطيب لا يخالطه، وإنما تعبق به رائحته.

ولا يجوز في ثوب نسج، ثم صبغ، لأنه سلم في ثوب وصبغ مجهول، ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج؛ لأنه بمنزلة صبغ الأصل[2].

ولا يجوز في ثوب عمل فيه من غير غزله، كالقرقوبي[3]؛ لأن ذلك لا يضبط.

واختلف أصحابنا في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال: لا يجوز؛ لأنهما جنسان مقصودان، لا يتميز أحدهما عن الآخر، فأشبه الغالية، ومنهم من قال: يجوز؛ لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما[4].

وفي السلم في الرؤوس قولان، أحدهما: يجوز؛ لأنه لحم وعظم، فهو كسائر اللحوم، والثاني: لا يجوز؛ لأنه يجمع أجناساً مقصودة، لا تضبط بالوصف، ولأن معظمه العظم، وهو غير مقصود[5].

---

(١) الإنفحة بكسر الهمزة، وفتح الفاء المخففة، والتشديد أيضاً لغة جيدة، وهي كرش الحمل والجدي ما لم يأكل، فإذا أكل فهو كرش. (النظم ١/ ٢٩٨).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٢.

(٣) القرقوبي: هو المطرز، لأن الطراز يعمل بعد الفراغ من النسج، والقربية والترقيبة، ثياب مصرية بيض من الكتان، ورَوي بقافين. (النظم ١/ ٢٩٨).

(٤) وهذا هو القول الأصح في صحة السلم في المختلط المنضبط كالمركب من قطن وحرير، وإبريسم ووبر أو صوف. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٠٩).

(٥) القول الثاني هو الراجح، قال النووي: «والأظهر منعه في رؤوس الحيوان». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٤)، وانظر: الروضة ٤/ ٢٢.

فصل [السلم في الطير]:

ولا يجوز السلم في الطير؛ لأنه لا يضبط بالسن، ولا يعرف قدره بالذرع[١].

ولا يجوز السلم في جارية وولدها، ولا في جارية وأختها، لأنه يتعذر وجود جارية وولدها، أو جارية وأختها على ما وصف، وفي الجارية الحامل طريقان، أحدهما: لا يجوز السلم فيها؛ لأن الحمل مجهول، والثاني: يجوز؛ لأن الجهل بالحمل لا حكم له مع الأم، كما نقول في بيع الجارية الحامل[٢].

وفي السلم في شاة لبون قولان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه سلم في شاة ولبن مجهول، والثاني: يجوز لأن الجهل باللبن لا حكم له مع الشاة، كما نقول في بيع شاة لبون[٣].

فصل [السلم في الأواني]:

وفي السلم في الأواني المختلفة الأعلى والأسفل، كالإبريق والمنارة، والكراز[٤] وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنها مختلفة الأجزاء، فلم يجز السلم فيها، كالجلود، والثاني: يجوز؛ لأنها يمكن وصفها فجاز السلم فيها كالأسطال المربعة، والصحاف الواسعة[٥].

---

(١) صرح النووي بصحة السلم في الطير خلافاً للمصنف، فقال: «ويصح... السلم في الطير، ويشترط ذكر النوع والصغر وكِبر الجثة». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١١).

(٢) الوجه الأول هو الأصح، فلا يجوز السلم في الجارية بشرط كونها حاملاً. (الروضة ٤/ ١٨).

(٣) القول الأول هو الأصح، فلا يصح السلم في شاة لبون في الأظهر. (الروضة ٤/ ١٨).

(٤) هذه أوان معروفة، والعَقار: بالفتح الأرض والضياع والنخل، ومنه قولهم: ما له دار ولا عقار. (النظم ١/ ٢٩٨)، والكراز: القارورة، أو كوز ضيّق الرأس.

(٥) الوجه الثاني هو الأصح، ويجوز السلم في بعض الأواني كالأسطال المربعة، وفيما صبَّ منها في قالب، ولا يجوز في القماقم والطناجير والطسوت والمنائر لندرة اجتماع الصفات المشروطة، واختلاف شكلها وقوامها. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٤، الروضة ٤/ ٢٧، ٢٨، المجموع ١٣/ ١٢٩).

واختلف أصحابنا في السلم في الدقيق، فمنهم من قال: لا يجوز، وهو قول أبـي القاسم الداركي رحمه الله، لأنه لا يضبط، والثاني: يجوز؛ لأنه يذكر النوع، والنعومة، والجودة، فيصير معلوماً[(١)].

ولا يجوز السلم في العقار؛ لأن المكان فيه مقصود، والثمن يختلف باختلافه، فلا بد من تعيينه، والعين لا تثبت في الذمة.

فـصـل [السلم في الشيء العام]:

ولا يجوز السلم إلاَّ في شيء عام الوجود، مأمون الانقطاع في المحل، فإن أسلم فيما لا يعم، كالصيد في موضع لا يكثر فيه، أو ثمرة ضيعة بعينها، أو جعل المحل وقتاً لا يأمن من انقطاعه فيه، لم يصح، لما روى عبد الله بن سلام رضي الله عنه أن زيد بن سَعْنَة[(٢)]. قال لرسول الله ﷺ: يا محمد، هل لك أن تبيعَني تمراً معلوماً إلى أجلٍ معلومٍ من حائطِ بني فلان؟ فقال: لا، يا يهودي، ولكن أبيعُك تمْراً معلوماً إلى كذا وكذا من الأجل»[(٣)]، ولأنه لا يؤمن أن يتعذر المسلم فيه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد.

---

(١) الوجه الثاني هو الأصح في جواز السلم في الدقيق. (مغني المحتاج ٢/ ١١٣، المجموع ١٣/ ١٣٠).
أما الأدوات الكهربائية المستحدثة في هذا العصر التي تتنوع في تركيبها وتغيير قطعها، وتباين أجزائها مما لا يمكن ضبطه فلا يصح السلم فيها، فإن أمكن تحديد النوع والعلامة، وكان مع الجهاز دليل مطبوع يوضح الأجزاء والمقادير والأبعاد، وكان المتعاقدان خبيرين بأسرارها كوكيل مؤسسة جاز فيها السلم، فإن لم يكن المتعاقدان خبيرين وأمكن تغيير الأجزاء فسد السلم لانعدام العلم، وعدم الإحاطة بدقائق الجهاز، لأنه يشترط في السلم معرفة الأوصاف في الشيء الذي تنضبط أوصافه، كما يشترط معرفة العاقدين، للصفات. (المجموع ١٣/ ١٣٠، الروضة ٤/ ١٥، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٥).

(٢) سَعْنَة: بالسين المهملة المفتوحة وإسكان العين ونون، وزيد بن سَعْنَة كان من أحبار اليهود أسلم وشهد مع النبـي ﷺ مشاهد كثيرة، وتوفي في غزوة تبوك مقبلاً إلى المدينة، والقصة كانت قبل إسلامه. (المجموع ١٣/ ١٣١، النظم ١/ ٢٩٩).

(٣) حديث عبد الله بن سلام رواه البيهقي (٦/ ٢٤).

فـصـل [القدر المعلوم]:

ولا يجوز السلم إلاَّ في قدر معلوم، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «أسلِفُوا في كيلٍ معلوم، ووَزْنٍ معْلومٍ، إلى أجل معلوم»[1]، فإن كان في مكيل ذكر كيلاً معروفاً، وإن كان في موزون ذكر وزناً معروفاً، وإن كان في مذروع ذكر ذرعاً معروفاً.

فإن علق العقد على كيل غير معروف، كملء زَبيل[2]، لا يعرف ما يسع، أو ملء جرة لا يعرف ما تسع، أو زنة صخرة لا يعرف وزنها، أو ذراع رجل بعينه، لم يجز؛ لأن المعقود عليه غير معلوم في الحال؛ لأنه لا يؤمن أن يهلك ما علق عليه العقد، فلا يعرف قدر المسلم فيه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد، كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه.

وإن أسلم فيما يكال بالوزن، وفيما يوزن بالكيل، جاز؛ لأن القصد أن يكون معلوماً، والعلم يحصل بذلك[3].

وإن أسلم فيما لا يكال، ولا يوزن، كالجوز، والبيض، والقثاء، والبطيخ، والبقـل، والـرؤوس، إذا جـوزنـا السلـم فيهـا[4]، أسلـم فيهـا بـالـوزن، وقـال أبو إسحاق: يجوز أن يسلم في الجوز كيلاً، لأنه لا يتجافى في المكيال، والمنصوص هو الأول[5].

---

(١) حديث ابن عباس صحيح رواه الجماعة، وسبق بيانه ص ١٦٢ هـ ٤.

(٢) الزِبّيل: هو الزنبيل معروف، وفيه لغات، زنبيل بالكسر والنون، وزبيل بالتشديد وكسر الزاي بدون نون، وزبيل بفتحها والتخفيف. (النظم ١/ ٢٩٩).

(٣) قال النووي: «ويصح المكيل وزناً». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٠٧، الروضة ٤/ ١٤)، أما المذروع فلا يصح السلم فيه وزناً، ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بلا خلاف. (المجموع ١٣/ ١٣٤).

(٤) سبق البيان في الصفحة ١٦٦ بأن الأظهر منع السلم في رؤوس الحيوان. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٤، الروضة ٤/ ٢٢).

(٥) يجوز السلم بالجوز كيلاً، خلافاً لما رجحه المصنف، قال النووي: «ويجوز السلم في =

فصل [وصف المسلم فيه]:

ولا يجوز حتى يصف المسلم فيه بالصفات التي تختلف بها الأثمان، كالصغر، والكبر، والطول، والعرض، والدور والسُّمْك، والنعومة، والخشونة، واللين، والصلابة، والرقة، والصفاقة، والذكورية والأنثوية، والثيوبة والبكارة، والبياض والحمرة، والسواد والسُّمرة[1]، والرطوبة واليبوسة، والجودة والرداءة[2]، وغير ذلك من الصفات التي تختلف بها الأثمان. ويرجع فيما لا يعلم من ذلك إلى نفسين من أهل الخبرة.

وإن شرط الأجود لم يصح العقد؛ لأنه ما من جيد إلاَّ ويجوز أن يكون فوقه ما هو أجود منه، فيطالب به فلا يقدر عليه[3].

وإن شرط الأردأ، ففيه قولان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه ما من رديء إلاَّ ويجوز أن يكون دونه ما هو أردأ منه، فيصير كالأجود، والثاني: أنه يصح؛ لأنه إن كان ما يحضره هو الأردأ فهو الذي أسلم فيه، وإن كان دونه أردأ منه فقد تبرع بما أحضره، فوجب قبوله، فلا يتعذر التسليم[4].

وإن أسلم في ثوب بالصفات التي يختلف بها الثمن، وشرط أن يكون وزنه قدراً معلوماً، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح وهو قول الشيخ أبي حامد

= الجوز واللوز وزناً... ويجوز كيلا على الأصح» (الروضة ٤/ ١٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٠٧).

(١) السُمرة: هي أدنى السواد، والسُّمْك: طور المدوّر، والطول: ضد العرض، والرداءة بالهمز. (النظم ١/ ٢٩٩).

(٢) قال النووي: «ولا يشترط ذكر الجودة والرداءة في الأصح، ويحمل مطلقه على الجيد». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٥)، وانظر: الروضة ٤/ ٢٨.

(٣) إذا شرط الأجود لم يصح على الأصح، لأن أقصاه غير معلوم. (مغني المحتاج ٢/ ١١٥، الروضة ٤/ ٢٨).

(٤) القول الثاني هو الأصح (مغني المحتاج ٢/ ١١٥).

الإسفراييني؛ لأنه لا يتفق ثوب على هذه الصفات مع الوزن المشروط إلاَّ نادراً، فيصير كالسلم في جارية وولدها، وكالسلم فيما لا يعم وجوده[1]، والثاني: أنه يجوز؛ لأن الشافعي رحمه الله نص على أنه إذا أسلم في آنية، وشرط وزناً معلوماً، جاز، فكذلك ههنا.

فصل [الأجل المعلوم]:

فإن أسلم في مؤجل وجب بيان أجل معلوم، لحديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أسْلِفُوا في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجل معلوم»[2]، ولأن الثمن يختلف باختلافه، فوجب بيانه، كالكيل والوزن، وسائر الصفات.

والأجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب، وشهور الفرس، وشهور الروم[3]، وأعياد المسلمين، والنيروز والمهرجان[4]، فإن أسلم إلى الحصاد

---

(١) الوجه الأول هو الأصح، قال النووي: «وكذا لو أسلم في ثوب وصفه، وقال: وزنه كذا... لا يصح لما ذكرنا» لأنه يورث عزة الوجود. (الروضة ٤/ ١٤).

(٢) حديث ابن عباس صحيح رواه الجماعة، وسبق بيانه ص ١٦٢ هـ ٤.

(٣) شهور العرب هي المحرم وصفر، وربيع الأول وربيع الآخر، وجمادى الأولى وجمادى الآخر، ورجب وشعبان، ورمضان وشوال، وذو القعدة وذو الحجة.
وشهور الفرس كان معمولاً بها في الدولة العباسية، وتبدأ سنتها من عيد النيروز، ويشترط لصحة السلم فيها معرفة المسلمين لها، وإلاَّ فلا يصح.
والشهور الرومية هي كانون الثاني (يناير) وشباط (فبراير)... وهذه أسماؤها بالسريانية والإفرنجية. (المجموع ١٣/ ١٣٧).

(٤) النيروز أول يوم من الصيف، وهو عند حلول الشمس في برج الحمل، وقيل يوم تسع من ذي المبكر، وهو يوم ٢٣ آذار مارس، والمِهرجان أول يوم من الشتاء، وقيل يوم عشرين من أيلول، وذلك عند حلول الشمس في برج الميزان، وهو يوم ٢٣ أيلول سبتمبر.
وفي تسميتها بذلك قصة، أما النيروز فإن دجلة انبثقت في زمان بني إسرائيل أو الفرس، وأهلكت البلدان والقرى، وظهر فيها الوباء، ومات الناس، وهربوا إلى بلاد أخرى فماتوا بها أيضاً، وأراهم الله أنهم غير معجزين، ثم أنزل الله عليهم مطراً فأحياهم به، فسمي ذلك =

أو إلى العطاء أو إلى عيد اليهود والنصارى، لم يصح؛ لأن ذلك غير معلوم لأنه يتقدم ويتأخر.

وإن جعله إلى شهر ربيع، أو جمادى، صح، وحمل على الأول منهما، ومن أصحابنا من قال: لا يصح حتى يبين، والمذهب الأول؛ لأنه نص على أنه إذا جعل إلى النفر حمل على النفر الأول[١].

فإن قال: إلى يوم كذا، كان المحل إذا طلع الفجر، فإن قال إلى شهر كذا، كان المحل إذا غربت الشمس من الليلة التي يرى فيها الهلال، فإن قال: محله في يوم كذا، أو شهر كذا، أو سنة كذا، ففيه وجهان قال أبو علي بن أبـي هريرة: يجوز، ويحمل على أوله، كما لو قال لامرأته: أنت طالق في يوم كذا، أو شهر كذا، أو سنة كذا، فإن الطلاق يقع في أولها، والثاني: لا يجوز، وهو الصحيح؛ لأن ذلك يقع على جميع أجزاء اليوم، والشهر، والسنة[٢] فإذا لم يبين كان مجهولاً، ويخالف الطلاق فإنه يجوز إلى أجل مجهول، وإذا صح تعلق بأوله بخلاف السلم.

فإن ذكر شهوراً مطلقة حمل على شهور الأهلة؛ لأن الشهور في عرف الشرع

= المطر النيروز، وجعلوه عيداً يصب بعضهم الماء فيه على بعض، قال ابن عباس: وتصديق ذلك في كتاب الله تعالى: ﴿ألم تر إلى الذين خرجوا من ديارهم وهم ألوف حذر الموت، فقال لهم الله: موتوا ثم أحياهم﴾ [البقرة: ٢٤٣]، وأما المهرجان فإنه كان فيهم ملك بنواحي أذربيجان، وكان جباراً ظلوماً، وكان اسمه مهروز، فأهلكه الله بمثل الوقت ففرحوا بهلاكه، وجعلوه عيداً، وسموه المهرجان، فمهر هو اسم الملك، وجان هو الروح بلسانهم، أي هلك روح الملك، لأنهم يقدمون المضاف على المضاف إليه في لغتهم، فيقولون في غلام زيد: زيد غلام. (النظم ١/ ٢٩٩، المجموع ١٣/ ١٣٧).

(١) وهو اختيار النووي وغيره، والنفر هو نفر الحجيج من منى. (المجموع ١٣/ ١٣٨، الروضة ٤/ ٨، مغني المحتاج ٢/ ١٠٦).

(٢) هذا هو الوجه الأصح، وأنه لا يصح عقد السلم، لأنه جعل اليوم ظرفاً، وهو قول جمهور الأصحاب. (الروضة ٤/ ١٠).

شهور الأهلة فحمل العقد عليها. فإن كان العقد في الليلة التي رُؤي فيها الهلال اعتبر الجميع بالأهلة، وإن كان العقد في أثناء الشهر، اعتبر شهراً بالعدد، وجعل الباقي بالأهلة.

فإن أسلم في حال، وشرط أنه حال، صح العقد؛ وإن أطلق، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه أحد محلي السلم، فوجب بيانه كالمؤجل، والثاني: أنه يصح ويكون حالاً؛ لأن ما جاز حالاً ومؤجلاً ، حمل إطلاقه على الحال كالثمن في المبيع[1].

وإن عقد السلم حالاً، ثم جعله مؤجلاً، أو مؤجلاً فجعله حالاً، أو زاد في أجله، أو نقص، نظرتَ: فإن كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد؛ لأن العقد استقر فلا يتغير، وإن كان قبل التفرق لحق بالعقد، وقال أبو علي الطبري: إن قلنا: إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يلحق به، والصحيح هو الأول، وقد ذكرناه في الزيادة في الثمن[2].

فصل [السلم في جنسين]:

وإن أسلم في جنسين إلى أجل، أو في جنس إلى أجلين، ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يصح؛ لأن ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر، وما يقابل أحدهما أجلاً أقل مما يقابل الآخر، وذلك مجهول، فلم يجز، والثاني: أنه يصح؛ وهو الصحيح؛ لأن كل بيع جاز في جنس واحد وأجل واحد، جاز في جنسين وفي أجلين، كبيع الأعيان[3]، ودليل القول الأول يبطل ببيع الأعيان، فإنه يجوز إلى

---

(١) الوجه الثاني هو الأصح، قال النووي: «ويصح حالاً ومؤجلاً، فإن أطلق انعقد حالاً، وقيل لا ينعقد» (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٠٥).

(٢) قال الشربيني: «لو ألحق به أجلاً في المجلس لحقه على الأصح». (مغني المحتاج ٢/ ١٠٥).

(٣) وهذا القول الثاني هو الراجح على الأظهر. (الروضة ٤/ ١١).

أجلين وفي جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما.

فصل [موضع التسليم]:

وأما بيان موضع التسليم فإنه إن كان العقد في موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء[(١)]، وجب بيانه، وإن كان في موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: يجب بيانه؛ لأنه يختلف الغرض باختلافه، فوجب بيانه كالصفات، والثاني: لا يجب، بل يحمل على موضع العقد، كما نقول في بيع الأعيان، والثالث: أنه إن كان لحمله مؤنة[(٢)] وجب بيانه؛ لأنه يختلف الثمن باختلافه، فوجب بيانه، كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها، فإن لم يكن لحمله مؤنة لم يجب بيانه؛ لأنه لا يختلف الثمن باختلافها، فلم يجب بيانه، كالصفات التي لا يختلف الثمن باختلافها[(٣)].

فصل [قبض رأس المال]:

ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس[(٤)]، لقوله ﷺ: «أَسْلِفُوا في كيلٍ مَعْلُومٍ»[(٥)]، والإسلاف هو التقديم، ولأنه إنما سمي سَلَماً لما فيه من تسليم

(١) الصحراء هي البرية، يقال: صحراء واسعة، ولا يقال: صحراة، والجمع الصحاري بكسر الراء، والصحارى بفتح الراء، والصحراوات. (النظم ١/ ٣٠٠).

(٢) المؤنة: تهمز ولا تهمز، وهي فعولة، وقال الفراء: مفعلة من الأين، وهو التعب الشديد، ويقال: هي مفعلة من الأون. (النظم ١/ ٣٠٠).

(٣) الوجه الثالث هو الراجح، قال النووي: «المذهب أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم، أو يصلح ولحملة مُؤنة، اشترط بيان محل التسليم وإلاّ فلا» أي بأن صلح للتسليم، ولم يكن لحمله مؤنة فلا يشترط ما ذكر، ويتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٠٤)، واختلف أئمة المذاهب في تعيين مكان الإيفاء. (المجموع ١٣/ ١٤٢، ١٤٣).

(٤) أهم شرط في السلم تسليم رأس المال في المجلس. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٠٢).

(٥) هذا جزء من حديث ابن عباس الصحيح الذي رواه الجماعة، وسبق بيانه ص ١٦٢ هـ ٤.

رأس المال، فإذا تأخر لم يكن سلماً، فلم يصح.

ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس، ويسلمه، ويجوز أن يكون معيناً.

فإن كان في الذمة نظرتَ: فإن كان من الأثمان حمل على نقد البلد، وإن كان في البلد نقود حمل على الغالب منها، وإن لم يكن في البلد نقد غالب، وجب بيانُ نقدٍ معلوم[1].

وإن كان رأس المال عرضاً وجب بيان الصفات التي تختلف بها الأثمان؛ لأنه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كالمسلم فيه.

وإن كان رأس المال معيناً، ففيه قولان، أحدهما: يجب ذكر صفاته، ومقداره؛ لأنه لا يؤمن أن ينفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه، فإذا لم يعرف مقداره وصفته، لم يعرف ما يردّه، والثاني: لا يجب ذكر صفاته ومقداره؛ لأنه عوض في عقد لا يقتضي رد المثل، فوجب أن تغني المشاهدة عن ذكر صفاته، ومقداره، كالمهر، والثمن في البيع[2].

وإن كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها، فعلى القولين، إن قلنا: يجب ذكر صفاته، لم يجز أن يجعل ذلك رأس المال؛ لأنه لا يمكن ذكر صفاته، وإن قلنا: لا يجب جاز أن يجعل ذلك رأس المال؛ لأنه معلوم بالمشاهدة[3]، والله أعلم.

---

(١) إذا استوت النقود وجب البيان، وإلاَّ لم يصح، كالثمن في المبيع. (الروضة ٤/٦).

(٢) القول الثاني هو الراجح، فتكفي معاينة رأس المال المعين في الأظهر. (الروضة ٤/٦).

(٣) وهذا هو القول الراجح بناء على ما سبق ترجيحه بجواز معاينة رأس المال المعين في الأظهر. (الروضة ٤/٦).

بـــاب

تسليم المسلم فيه

إذا حل دين السلم وجب على المسلم إليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد، فإن كان المسلم فيه تمراً لزمه ما يقع عليه اسم التمر على الإطلاق ، فإن أحضر حشفاً[1] أو رطباً لم يقبل منه، فإن كان رطباً لزمه ما يقع اسم الرطب على الإطلاق، ولا يقبل منه بسر، ولا منصف، ولا مذنب، ولا مشدَّخ[2] .

وإن كان طعاماً لزمه ما نقي من التبن، فإن كان فيه قليل تراب، نظرتَ: فإن كان أسلم فيه كيلاً قبل منه؛ لأن القليل من التراب لا يظهر في الكيل، وإن كان أسلم فيه وزناً لم يقبل منه؛ لأنه يظهر في الوزن، فيكون المأخوذ من الطعام دون حقه.

وإن كان عسلاً لزمه ما صفي من الشمع.

فإن أسلم إليه في ثوب، فأحضر ثوباً أجود منه، لزمه قبوله؛ لأنه أحضر المسلم فيه، وفيه زيادة صفة لا تتميز، فلزمه قبوله، فإن جاءه بالأجود وطلب عن الزيادة عوضاً لم يجز؛ لأنه بيع صفة والصفة لا تفرد بالبيع، فإن أتاه بثوب رديء لم يجبر على قبوله[3]؛ لأنه دون حقه، فإن قال: خذه وأعطيك للجودة درهماً، لم

---

(١) الحَشَف هو رديء التمر، وفي المثل: أحشفاً وسوء كيلة. (النظم ١/ ٣٠٠).

(٢) البسر مثل الرطب، لأن أوله: طلع، ثم خلال، ثم بلح، ثم بسر، ثم رطب، الواحدة بسرة، والمنصف: الذي أخذ الإرطاب فيه إلى النصف، والمذنب الذي بدأ الإرطاب في أذنابه، والمشدخ: البسر، يغم حتى يتشدخ أي يغطى بشيء أو يدفن حتى ينضج ويتغير، وقال الشيخ أبو حامد: هو الذي ضرب بالخشب حتى صار رطباً، وقيل: إنهم يشمسون البسر ثم يدلكونه بكساء صوف عظيم وما أشبهه، فيصير طعمه طعم الرطب، يفعلون ذلك استعجالاً لأكل الرطب من البسر قبل الإرطاب. (النظم ١/ ٣٠٠، المجموع ١٣/١٤٧)، وانظر: مغني المحتاج ٢/١١٦.

(٣) قال النووي: «ويجوز أردأ من المشروط، ولا يجب» قبوله، لأنه دون حقه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٥).

يجز؛ لأنه بيعُ صفة، ولأنه بيع جزء من المسلم فيه قبل قبضه.

فإن أسلم في نوع من جنس، فجاءه بنوع آخر من ذلك الجنس. كالمعقلي عن البرني والهروي عن المروي[1]، ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: لا يجوز؛ لأنه غير الصنف الذي أسلم فيه فلم يجز أخذه عنه، كالزبيب عن التمر[2]، وقال أبو علي بن أبـي هريرة: يجوز؛ لأن النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد، ولهذا يحرم التفاضل في بيع أحدهما بالآخر، ويضم أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب في الزكاة.

فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسلم فيه، فأحضره، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز قبوله؛ لأنه يصير الثمن هو المثمن، والعقد يقتضي أن يكون الثمن غير المثمن، والثاني: أنه يجوز؛ لأن الثمن هو الذي سلم إليه، والمثمن هو الموصوف.

وإن أسلم إلى محل[3] فأحضر المسلم فيه قبله، أو شرط أن يسلم إليه في مكان، فأحضر المسلم فيه في غير ذلك المكان، فامتنع المسلم من أخذه، نظرتَ: فإن كان له غرض صحيح في الامتناع من أخذه بأن يلزمه في حفظه مؤن، أو عليه في حمله مشقة، أو يخاف عليه أن يهلك، أو يؤخذ، لم يلزمه أخذه، وإن لم يكن له غرض صحيح في الامتناع لزمه أخذه[4]؛ فإن لم يأخذه رفع إلى الحاكم ليأخذه

---

(١) الهروي: منسوب إلى هراة، والمروي إلى مرو، وهما بلدان بخراسان، والنسب إلى مرو: مروزي سماعاً، لا قياساً. (النظم ١/ ٣٠١).

(٢) هذا هو الوجه الأصح، ويحرم قبوله، وفيه وجه ثالث يجب القبول. (الروضة ٤/ ٣٠)، قال النووي: «لا يصح أن يستبدل عن المسلم فيه غير جنسه ونوعه، وقيل: يجوز في نوعه، ولا يجب قبوله». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٥، نهاية المحتاج ٤/ ٢١٥).

(٣) مراد المصنف إن أسلم إليه في شيء إلى محل. (المجموع ١٣/ ١٤٩).

(٤) وإن تقابل غرضا المتعاقدين فالمرعي جانب المستحق على المذهب. (الروضة ٤/ ٣٠، ٣١، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٦).

عنه[1]، والدليل عليه ما رُوي أن أنساً رضي الله عنه كاتب عبداً له على مال إلى أجل، فجاءه بمال قبل الأجل، فأبى أن يأخذه، فأتى عمر رضي الله عنه فأخذه منه، وقال له: اذهب فقد عتقت[2]، ولأنه زاده بالتقديم خيراً، فلزمه قبوله.

وإن سأله المسلم أن يقدمه قبل المحل، فقال: أنقصني من الدين حتى أقدمه، ففعل، لم يجز؛ لأنه بيع أجل، والأجل لا يفرد بالبيع، ولأن هذا في معنى ربا الجاهلية، فإنه كان في الجاهلية يقول من عليه الدين: زدني في الأجل، أزدك في الدين.

فصل [السلم في طعام مكيل]:

وإن أسلم إليه في طعام بالكيل، أو اشترى منه طعاماً بالكيل، فدفع إليه الطعام من غير كيل، لم يصح القبض؛ لأن المستحق قبض بالكيل، فلا يصح قبض بغير الكيل[3]، فإن كان المقبوض باقياً رده على البائع، ليكيله له، وإن تلف في يده قبل الكيل تلف من ضمانه؛ لأنه قبض عن حقه، وإن ادعى أنه كان دون حقه، فالقول قوله؛ لأن الأصل أنه لم يقبض إلَّا ما ثبت بإقراره.

فإن باع الجميع قبل الكيل لم يصح؛ لأنه لا يتحقق أن الجميع له، وإن باع منه القدر الذي يتحقق أنه له، ففيه وجهان، أحدهما: يصح، وهو قول أبي إسحاق؛ لأنه دخل في ضمانه فنفذ بيعه فيه، كما لو قبضه بالكيل، والثاني: لا يصح، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، وهو المنصوص في الصرف؛ لأنه باعه قبل وجود القبض المستحق بالعقد، فلم يصح بيعه، كما لو باعه قبل أن يقبضه.

---

(١) قال النووي: «حيث ثبت الإجبار، فلو أصر على الامتناع أخذه الحاكم له». (الروضة ٤/ ٣١).

(٢) أثر أنس: ورد قريب من هذه القصة بما رواه الأثرم، وعثمان بن منصور في «سننه». (المجموع ١٣/ ١٤٦، ١٤٧).

(٣) قال النووي: «ما أسلم فيه كيلا قبضه كيلا، وما أسلم فيه وزناً قبضه وزناً، ولا يجوز العكس». (الروضة ٤/ ٣٠)، وانظر: مغني المحتاج ٢/ ١١٥.

فإن دفع إليه بالكيل، ثم ادعى أنه دون حقه، فإن كان ما يدعيه قليلاً قُبل منه، وإن كان كثيراً لم يقبل؛ لأن القليل يبخس به[1]، والأصل عدم القبض، والكثير لا يبخس به، فكان دعواه مخالفاً للظاهر فلم يقبل.

فصل [الحوالة في المسلم فيه]:

فإن أحاله على رجل له عليه طعام، لم يصح؛ لأن الحوالة بيع، وقد بينا في كتاب البيوع، أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض[2].

وإن قال: لي عند رجل طعام، فاحضر معي حتى أكتاله لك، فحضر واكتاله، لم يجز، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع المشتري»[3]، وهذا لم يجر فيه الصاعان.

وهل يصح قبض المسلم إليه لنفسه؟ فيه وجهان بناء على القولين: فيمن باع دين المكاتب، فقبض منه المشتري، فإن قبض المشتري لنفسه لا يصح؛ وهل يصح القبض للسيد؟ فيه قولان، أحدهما: يصح؛ لأنه قبضه بإذنه فصار كما لو قبضه وكيله، والثاني: لا يصح؛ لأنه لم يأذن له في قبضه له، وإنما أذن له في قبضه لنفسه، فلا يصير القبض له[4]، ويخالف الوكيل فإنه قبضه لموكله.

---

(١) البخس: النقصان، بخسه في البيع نقصه، قال الله تعالى: ﴿وشَرَوْهُ بثمنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: ٢٠]. (النظم ١/ ٣٠١).

(٢) ولا يجوز أن يحيل المسلم برأس المال على رجل وإن قبضه المسلم إليه من الرجل في المجلس. (الروضة ٤/ ٤).

(٣) حديث جابر رواه ابن ماجه (٢/ ٧٥٠ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل أن يقبض)، وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، وهو ضعيف، لكن في المسألة أحاديث أخرى. (سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤٩، ٧٥٠)، ورواه الدارقطني (٣/ ٨).

(٤) وهذا هو القول الأصح، لأن السلم يقتضي قبضاً آخر، ولا يصح قبضه من نفسه. (الروضة ٤/ ٤).

فإن قلنا: إن قبضه لا يصح، اكتال لنفسه مرة أخرى، ثم يكيله للمسلم، وإن قلنا: إن قبضه يصح كاله للمسلم.

فإن قال: احضر معي حتى أكتاله لنفسي، وتأخذه، ففعل ذلك صح القبض للمسلم إليه؛ لأنه قبضه لنفسه قبضاً صحيحاً، ولا يصح للمسلم، لأنه دفعه إليه من غير كيل.

وإن اكتاله لنفسه، وسلم إلى المسلم، وهو في المكيال، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان»[1]، وهذا يقتضي كيلاً بعد كيل، وذلك لم يوجد، والثاني: أنه يصح؛ لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه، ولو ابتدأ بكيله جاز، فكذلك إذا استدامه.

فصل [توكيل المسلم إليه للمسلم]:

وإن دفع المسلم إليه إلى المسلم دراهم، وقال اشتر لي بها مثل مالك علي، واقبضه لنفسك، ففعل، لم يصح قبضه لنفسه، وهل يصح للمسلم إليه؟ على الوجهين المبنيين على القولين في دين المكاتب.

فإن قال: اشتر لي، واقبضه لي، ثم اقبضه لنفسك، ففعل، صح الشراء والقبض للمسلم إليه، ولا يصح قبضه لنفسه؛ لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في قبض حق نفسه.

فصل [العيب في المسلم فيه]:

إذا قبض المسلم فيه، ووجد به عيباً، فله أن يرده؛ لأن إطلاق العقد يقتضي مبيعاً سليماً، فلا يلزمه قبول المعيب، فإن رد ثبت له المطالبة بالسليم، لأنه أخذ المعيب عما في الذمة، فإذا رده رجع إلى ماله في الذمة.

---

(١) حديث جابر سبق بيانه ص ١٧٩ هـ ٣.

وإن حدث عنده عيب رجع بالأرش؛ لأنه لا يمكنه رده ناقصاً عما أخذ، ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب، فوجب الأرش.

فصل [انقطاع المسلم فيه]:

فإن أسلم في ثمرة فانقطعت في محلها، أو غاب المسلم إليه، فلم يظهر حتى نفدت الثمرة، ففيه قولان، أحدهما: أن العقد ينفسخ؛ لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام، وقد هلكت، فانفسخ العقد، كما لو اشترى قفيزاً من صبرة، فهلكت الصبرة، والثاني: أنه لا ينفسخ[1]، لكنه بالخيار بين أن يفسخ، وبين أن يصبر إلى أن توجد الثمرة، فيأخذ؛ لأن المعقود عليه ما في الذمة، لا ثمرة هذا العام، والدليل عليه أنه لو أسلم إليه في ثمرة عامين، فقدم في العام الأول ما يجب له في العام الثاني جاز، وما في الذمة لم يتلف، وإنما تأخر فثبت له الخيار، كما لو اشترى عبداً فأبق.

فصل [فسخ السلم بالإقالة]:

يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة[2]؛ لأن الحق لهما، فجاز لهما الرضا بإسقاطه، فإذا فسخا، أو انفسخ بانقطاع الثمرة في أحد القولين، أو بالفسخ في القول الآخر، رجع المسلم إلى رأس المال، فإن كان باقياً وجب رده، وإن كان تالفاً ثبت بدله في ذمة المسلم إليه[3].

فإن أراد أن يسلمه في شيء آخر، لم يجز؛ لأنه بيع دين بدين، وإن أراد أن

---

(١) وهذا هو القول الصحيح، بأنه لا ينفسخ السلم في الأظهر، ولا فرق بين الانقطاع أصلاً، أو إن وجد وسوّف المسلم إليه حتى انقطع. (المجموع ١٣/ ١٥٨، الروضة ٤/ ١١).

(٢) الإقالة فسخ وليست ببيع على المشهور من المذهب، سواء كانت قبل القبض وبعده. (المجموع ١٣/ ١٦٠).

(٣) إن كان تالفاً رجع إلى مثله إن كان له مثل، وإن كان لا مثل له رجع إلى قيمته. (المجموع ١٣/ ١٦١).

يشتري به عيناً، نظرتَ: فإن كان تجمعهما علة واحدة في الربا كالدراهم بالدنانير، والحنطة بالشعير، لم يجز أن يتفرقا قبل القبض، كما لو أراد أن يبيع أحدهما بالآخر عيناً بعين، وإن لم تجمعهما علة واحدة في الربا كالدراهم بالحنطة، والثوب بالثوب، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز أن يتفرقا من غير قبض، كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عيناً بعين أن يتفرقا من غير قبض، والثاني: لا يجوز؛ لأن المبيع في الذمة، فلا يجوز أن يتفرقا قبل قبض عوضه، كالمسلم فيه، والله أعلم.

باب
القرض

القرض[١] قربة[٢] مندوب إليه، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «منْ كَشَفَ عنْ مُسْلم كُرْبة[٣] مِنْ كُرَبِ الدُّنْيا كشفَ اللَّهُ عنه كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يومِ القيامَةِ، واللَّهُ في عَوْنِ العبْدِ ما دام العبْدُ في عونِ أخيه»[٤]، وعن

(١) القرض: في اللغة القطع، كأنه يقطع له قطعة من ماله، وقيل: هو المجازاة، لأنه يرد مثل ما أخذ، ومنه قولهم: الدنيا قروض ومكافأة، وهما يتقارضان الثناء إذا أثنى رجل على رجل، وأثنى الآخر عليه. (النظم ١/ ٣٠٢)، والقرض ما تعطيه غيرك من المال لتتقاضاه. (المجموع ٣/ ١٦٣).

(٢) القربة: هي ما يتقرب بها إلى الله تعالى من العمل الصالح، ومندوب إليها أي مأمور بها من غير إيجاب، يقال: ندبه الأمر فانتدب أي دعاه فأجابه. (النظم ١/ ٣٠٢).

(٣) معنى كشف: أزال، ﴿فكشفنا ما به من ضُرّ﴾ [الأنبياء: ٨٤]، أي أزلناه، والكربة بالضم الغم الذي يأخذ بالنفس، وكذلك الكَرْب على وزن الضرب، والجمع الكُرَب. (النظم ١/ ٣٠٢).

(٤) حديث أبي هريرة جزء من حديث طويل رواه مسلم (١٧/ ٢١ كتاب الذكر والدعاء، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن)، وأبو داود (٢/ ٥٨٣ كتاب الأدب، باب المعونة للمسلم)، والترمذي (٤/ ٦٩٠ كتاب الحدود، باب الستر على المسلم)، وأحمد (٢/ ٢٥٢، ٤١٤، ٥٠٠)، ورواه البخاري ومسلم من حديث طويل عن ابن عمر. (المجموع ١٣/ ١٦٢).

أبـي الدرداء رضي الله عنه أنه قال: لأَنْ أقرِضَ دينارَيْن، ثم يُردّا، ثم أقرضَهما أحبُّ إليّ من أن أتصدق بهما»[١]، وعن ابن مسعود[٢] وابن عباس[٣] رضي الله عنهما أنهما قالا: قرض مرتين خير من صدقة مرة.

فـصـل [أركان القرض]:

ولا يصح إلاَّ من جائز التصرف، لأنه عقد على المال، فلا يصح إلاَّ من جائز التصرف كالبيع.

ولا ينعقد إلاَّ بالإيجاب والقبول؛ لأنه تمليك آدمي، فلم يصح من غير إيجاب وقبول، كالبيع، والهبة[٤].

ويصح بلفظ القرض والسلف؛ لأن الشرع ورد بهما، ويصح بما يؤدي معناه، وهو أن يقول: ملكتك هذا على أن ترد عليَّ بدله، فإن قال: ملكتك ولم يذكر البدل، كان هبة. فإن اختلفا فيه، فالقول قول الموهوب له؛ لأن الظاهر معه، فإن التمليك من غير ذكر عوض هبة في الظاهر[٥].

وإن قال: أقرضتك ألفاً، وقبل، وتفرقا، ثم دفع إليه ألفاً، فإن لم يطل الفصل جاز؛ لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب، وإن طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ القرض، لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل.

---

(١) قال المطيعي: «الأثر عن أبـي الدرداء في مسند أحمد». (المجموع ١٣/ ١٦٣).

(٢) أثر ابن مسعود رواه ابن ماجه مرفوعاً (٢/ ٨١٢ كتاب الصدقات، باب القرض) وهو ضعيف، لكن رواه ابن حبان في «صحيحه» بإسناد إلى ابن مسعود. (سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٢). قال الدارقطني: «والصواب أنه موقوف على ابن مسعود». (المجموع ١٣/ ١٦٣).

(٣) أثر ابن عباس ورد قريب منه عند أنس عن ابن ماجه بلفظ «الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بثمانية عشر. . .» (٢/ ٨١٢ كتاب الصدقات، باب القرض).

(٤) القبول شرط على الأصح (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٧، الروضة ٤/ ٣٢).

(٥) القول قول الآخذ في الراجح، وحكي وجه أن القول قول الدافع (الروضة ٤/ ٣٢، مغني المحتاج ٢/ ١١٧).

فصل [الكتابة بالقرض]:

وإن كتب إليه، وهو غائب، أقرضتك هذا، أو كتب إليه بالبيع، ففيه وجهان، أحدهما: ينعقد، لأن الحاجة مع الغَيْبة داعية إلى الكتابة، والثاني: لا ينعقد؛ لأنه قادر على النطق، فلا ينعقد عقده بالكتابة، كما لو كتب وهو حاضر، وقول القائل الأول: إن الحاجة داعية إلى الكتابة لا يصح، لأنه يمكنه أن يوكل من يعقد العقد بالقول[1].

فصل [الشرط في القرض]:

ولا يثبت فيه خيار المجلس، وخيار الشرط؛ لأن الخيار يراد للفسخ، وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء، فلا معنى لخيار المجلس، وخيار الشرط.

ولا يجوز شرط الأجل فيه؛ لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه، فلا يجوز شرط الأجل فيه.

ويجوز شرط الرهن فيه؛ لأن النبي ﷺ «رهن درعه على شعير أخذه لأهله»[2] ويجوز أخذ الضمين فيه؛ لأنه وثيقة فجاز في القرض كالرهن[3].

---

(١) الوجه الأول هو الأصح، وينعقد القرض بالكتابة إلى الغائب، كما ينعقد البيع، قال النووي: «قلت المذهب أنه ينعقد البيع بالمكاتبة لحصول التراضي» (الروضة ٣/٣٣٨)، وانظر: المجموع ١٣/١٦٤.

(٢) هذا الحديث رواه البخاري عن عائشة بلفظ «أن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل، ورهنه درعاً من حديد» (٢/٧٢٩ كتاب البيوع، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة ٢/٧٨٣ كتاب السلم، باب الكفيل في السلم ٢/٨٤١ كتاب الاستعراض، باب من اشترى بالدين)، ومسلم بلفظ «اشترى رسول الله ﷺ من يهودي طعاماً بنسيئة فأعطاه درعاً له رهناً» (١١/٣٩ كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر)، وأحمد(٦/٤٢، ١٦٠، ٢٣٠، ٢٣٧).

(٣) انظر: الروضة ٤/٣٤.

فصل [وقت ملك القرض]:

وفي الوقت الذي يملك فيه وجهان، أحدهما: أنه يملكه بالقبض؛ لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض، فوقف الملك فيه على القبض[(١)] كالهبة، فعلى هذا إذا كان القرض حيواناً فنفقته بعد القبض على المستقرض[(٢)]، فإن اقترض أباه وقبضه عتق عليه، والثاني: أنه لا يملكه إلاَّ بالتصرف بالبيع، والهبة، والإتلاف؛ لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه، فعلى هذا تكون نفقته على المقرض، فإن اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه.

واختلف أصحابنا فيمن قدم طعاماً إلى رجل ليأكله على أربعة أوجه، أحدها: أنه يملكه بالأخذ[(٣)]، والثاني: أنه يملكه بتركه[(٤)] في الفم، والثالث: أنه يملكه بالبلع، والرابع: أنه لا يملكه، بل يأكله على ملك صاحب الطعام.

فصل [المال المقترض]:

ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع، ويضبط بالوصف؛ لأنه عقد تمليك يثبت العوض فيه في الذمة، فجاز فيما يملك، ويضبط بالوصف، كالسلم.

فأما ما لا يضبط بالوصف، كالجواهر[(٥)]، وغيرها، ففيه وجهان، أحدهما:

---

(١) هذا هو الوجه الأصح، ويملك المقترض القرض بالقبض على الأظهر. (الروضة ٤/ ٣٥، المجموع ١٣/١١٦).

(٢) انظر: الروضة ٤/٣٦، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٠.

(٣) هذا هو الوجه الأصح بأنه يملك الطعام بالأخذ بناء على أن القرض يملك بالقبض. وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب: يملكه ويفعل فيه ما شاء من وجوه التصرفات، وقال ابن الصباغ: الأوجه في ذلك أن يكون إذناً في الإتلاف لا تمليك فيه، أي رجح الوجه الرابع. (المجموع ١٣/ ١٦٧، ١٦٨).

(٤) في المطبوعة بمركه، وهو خطأ مطبعي، انظر: المجموع ١٣/ ١٦٦.

(٥) الجواهر: جمع جوهر ، وهو ماله صفاء ولون شفاف كالياقوت واللؤلؤ والفيروزج وغير ذلك. (النظم ١/ ٣٠٣).

لا يجوز؛ لأن القرض يقتضي رد المثل، وما لا يضبط بالوصف لا مثل له[1]. والثاني: يجوز؛ لأن ما لا مثل له يضمنه المستقرض بالقيمة، والجواهر كغيرها في القيمة.

ولا يجوز إلاَّ في مال معلوم القدر، فإن أقرضه دراهم لا يعرف وزنها، أو طعاماً لا يعرف كيله، لم يجز؛ لأن القرض يقتضي رد المثل، فإذا لم يعلم القدر لم يمكن القضاء.

فصل [استقراض الجارية]:

ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها، ولا يجوز لمن يملك وطأها، وقال المزني رحمه الله: يجوز؛ لأنه عقد يملك به المال، فجاز أن يملك به من يحل له وطؤها، كالبيع، والهبة، والمنصوص هو الأول؛ لأنه عقد إرفاق[2] جائز من الطرفين[3] فلا يستباح به الوطء، كالعارية، ويخالف البيع، والهبة، فإن الملك فيهما تام؛ لأنه لو أراد كل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ لم يملك، والملك في القرض غير تام؛ لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ، فلو جوزنا فيمن يحل له وطؤها أدى إلى الوطء في ملك غير تام، وذلك لا يجوز[4].

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح بأنه لا يجوز قرض الجواهر وكل ما لا يضبط بالوصف، لأنه لا يجوز السلم فيه، ولأن الواجب في القرض رد المثل في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٩، الروضة ٤/ ٣٧).

(٢) الإرفاق: أي يدخل فيه الرفق على المستقرض، وهو النفع، يقال: رفقته أي نفعته. (النظم ١/ ٣٠٣).

(٣) أي غير لازم من الجواز والاختيار الذي هو المضي والذهاب، وكذا قوله في جميع الكتاب: يجوز، ولا يجوز، هذا أصله. (النظم ١/ ٣٠٣).

(٤) وهذا هو الراجح خلافاً للمزني، ولا يجوز إقراض الجارية لمن يحل له وطؤها على الأظهر المنصوص قديماً وحديثاً. (الروضة ٤/ ٣٢، المنهاج ٢/ ١١٨).

وإن أسلم جارية[1] في جارية ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: لا يجوز؛ لأنا لا نأمن من أن يطأها، ثم يردها عن التي تستحق عليه، فيصير كمن اقترض جارية فوطئها، ثم ردها، ومن أصحابنا من قال: يجوز، وهو المذهب؛ لأن كل عقد صح في العبد بالعبد صح في الجارية بالجارية كالبيع[2].

فصل [المنفعة في القرض]:

ولا يجوز قرض جر منفعة، مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره، أو على أن يرد عليه أجود منه، أو أكثر منه، أو على أن يكتب له سُفْتَجة[3] يربح فيها خطر الطريق[4]. والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ «نهى عن سَلَفٍ وبيعٍ»[5]، والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز، وروي عن أبي بن كعب، وابن مسعود، وابن عباس رضي الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر

---

(١) الجارية: أصلها الفتية من النساء، يقال: جارية بيّنة الجِرَاية بالفتح، والجراء، ويروى بفتح الجيم وكسرها، وقولهم: كان ذلك في أيام جرائها أي صباها، والأمة خلاف الحرة، والجمع إماء، وآم، ويجمع أيضاً على أمون، وأصل أمة: أموه بالتحريك، والنسبة أموى، بالفتح، وتصغيرها أمية. (النظم ١/ ٣٠٣).

(٢) وهذا هو الراجح، ويجوز سلم جارية بجارية. (مغني المحتاج ٢/ ١١٨).

(٣) سَفْتَجة: كلمة فارسية، وهي رقعة يكتبها المقرض إلى من يقبض عنه عوض القرض في المكان الذي اشترطه، وسماع أهل تهامة: سُفتجة بالضم، وهي معربة، وأصلها بالفارسية سفتة، ومثالها أن يكون للرجل مال مثلاً، وهو يريد أن يذهب به إلى بلد، وهو يخاف عليه قطاع الطريق فيدفعه إلى بياع مثلاً، أو رجل له بذلك البلد دين على آخر، ويقول: اكتب خطاً على ذلك الرجل بما لك عليه لآخذه منه، ثم وصفوا الرجل بأنه كتب رسالة ينتفع بها، قالوا: كتبُه سفاتج، أي رائجة رواج السفتجة، ثم كثر حتى قيل للوجه الطري سفتجة، ويقال للسفتجة عند العامة اليوم: كمبيالة. (النظم ١/ ٣٠٤، المجموع ١٣/ ١٧١).

(٤) انظر: الروضة ٤/ ٣٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١١٩.

(٥) حديث عمرو رواه البيهقي (٥/ ٣٣٦، ٣٤٨، وهو جزء من حديث رواه الحاكم عن عمرو بن شعيب. المستدرك ٢/ ١٧)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ١٢، وسبق بيانه ص ٥٢ هـ ٣.

منفعة[1]، ولأنه عقد إرفاق، فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه.

فإن شرط أن يرد عليه دون ما أقرضه، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأن مقتضى القرض رد المثل، فإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يجز، كما لو شرط الزيادة، والثاني: يجوز؛ لأن القرض جُعِل رفقاً بالمستقرض، وشرط الزيادة يخرج به عن موضوعه، فلم يجز، وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه فجاز[2].

فإن بدأ المستقرض فزاده، أو رد عليه ما هو أجود منه، أو كتب له سفتجة، أو باع منه داره جاز؛ لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال: «استسلف رسولُ الله ﷺ من رجلٍ بكراً، فجاءته إبل الصدقة، فأمرني أن أقضي الرجل بكراً[3]، فقلت: لم أجد في الإبل إلاَّ جملاً خياراً رباعياً[4]، فقال النبي ﷺ: أعطه، فإن خياركم أحسنكم قضاء»[5]، وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال:

---

(١) هذه الآثار رواها البيهقي (٥/ ٣٤٩، ٣٥٠).

(٢) الوجه الأصح أنه يلغو شرط الأردأ، ولا يفسد العقد على الأصح. (الروضة ٤/ ٣٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٠).

(٣) البكر الثني من الإبل، والأنثى بكرة، والجمع بكار، مثل فرخ وفراخ، وبكارة أيضاً، مثل فحل وفحالة، وقيل: البكر من الإبل بمنزلة الفَتى من الناس، والبكرة بمنزلة الفتاة، والقلوص بمنزلة الجارية، والبعير بمنزلة الإنسان، والجمل بمنزلة الرجل، والناقة بمنزلة المرأة. (النظم ١/ ٣٠٤).

(٤) الخيار الاسم من الاختيار، ومعناه مختاراً رباعياً: مخفف، ولا يشدد، فإذا رفعتَ قلت: رباع، مثل ثمان، وهو الذي ألقى رباعيته، وهي السن التي بين الثنية والناب. (النظم ١/ ٣٠٤).

(٥) حديث أبي رافع رواه مسلم (١١/ ٣٦ كتاب المساقاة، باب جواز اقتراض الحيوان واستحباب توفيته خيراً مما عليه)، وأبو داود (٢/ ٢٢٢ كتاب البيوع، باب حسن القضاء)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٧ كتاب التجارات، باب السلم في الحيوان).
ورواه قريباً من ذلك البخاري عن أبي هريرة (٢/ ٨٠٩ كتاب الوكالة، باب وكالة الشاهد والغائب جائزة)، ومسلم (١١/ ٣٨ كتاب المساقاة، باب من استلف شيئاً فقضى خيراً =

«كان لي على رسول الله ﷺ حق، فقضاني وزادني»[1].

فإن عُرف لرجل عادة أنه إذا استقرض زاد في العوض، ففي إقراضه وجهان، أحدهما: لا يجوز إقراضه إلاَّ أن يشترط رد المثل، لأن المتعارف كالمشروط، ولو شرط الزيادة لم يجز، فكذلك إذا عرف بالعادة، والثاني: أنه يجوز، وهو المذهب؛ لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد[2].

فإن شرط في العقد شرطاً فاسداً بطل الشرط، وفي القرض وجهان، أحدهما: أنه يبطل، لما رُوي أن النبـي ﷺ قال: «كلُّ قَرْضٍ جَرَّ منفعةً فهو ربا»[3]، ولأنه إنما أقرضه بشرط، ولم يسلم الشرط؛ فوجب أن لا يسلم القرض[4]، والثاني: أنه يصح، لأن القصد منه الإرفاق، فإذا زال الشرط بقي الإرفاق.

فصل [رد المثل]:

ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل؛ لأن مقتضى القرض رد المثل، ولهذا يقال: الدنيا قروض ومكافأة، فوجب أن يرد المثل، وفيما لا مثل له وجهان، أحدهما: يجب عليه القيمة، لأن ما ضمن بالمثل إذا كان له مثل، ضمن

= منه)، والترمذي (٤/ ٥٤٥ كتاب البيوع، باب استقراض البعير)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٣٤.

(١) حديث جابر رواه أبو داود (٢/ ٢٢٢ كتاب البيوع، باب حسن القضاء).

(٢) وهذا هو الراجح (المجموع ١٣/ ١٧٣، الروضة ٤/ ٣٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦).

(٣) نقل ابن حجر عن عمر بن بدر أنه لم يصح فيه شيء، ورواه البيهقي في «المعرفة» عن فضالة بن عبيد موقوفاً، وعنون به البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٤٩)، وروى معناه عن ابن مسعود وأبـي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم. (التلخيص الحبير ٣/ ٣٤، سنن البيهقي ٥/ ٣٤٩).

(٤) وهذا هو الوجه الراجح، فيبطل القرض على الصحيح. (الروضة ٤/ ٣٤).

بالقيمة إذا لم يكن له مثل، كالمتلفات، والثاني: يجب عليه مثله في الخلقة والصورة[1]، لحديث أبي رافع أن النبي ﷺ «أمره أن يقضي البكر بالبكر»[2]، ولأن ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض، قياساً على ماله مثل، ويخالف المتلفات فإن المتلف متعد، فلم يقبل منه إلاَّ القيمة؛ لأنها أحصر، وهذا عقد أجيز للحاجة، فقبل فيه مثل ما قبض، كما قبل في السلم مثل ما وصف.

فإن اقترض الخبز، وقلنا: يجوز إقراض ما لا يضبط بالوصف، ففي الذي يرد وجهان، أحدهما: مثل الخبز[3]، والثاني: ترد القيمة، فعلى هذا إذا أقرضه الخبز، وشرط أن يرد عليه الخبز، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنَّ مبناه على الرفق، فلو منعناه من رد الخبز شق وضاق[4]، والثاني: لا يجوز؛ لأنه إذا شرط صار بيع خبز بخبز، وذلك لا يجوز.

فـصـل [رد الدراهم]:

إذا أقرضه دراهم بمصر، ثم لقيه بمكة، فطالبه بها لزمه دفعها إليه، فإن طالبه المستقرض بأن يأخذها وجب عليه أخذها، لأنه لا ضرر عليه في أخذها، فوجب أخذها.

فإن أقرضه طعاماً بمصر، فلقيه بمكة، فطالبه به، لم يجبر على دفعه إليه؛ لأن الطعام بمكة أغلى، فإن طالبه المستقرض بالأخذ لم يجبر على أخذه؛ لأن عليه مؤنة في حمله، فإن تراضيا جاز؛ لأن المنع لحقهما، وقد رضيا جميعاً، فإن

---

(١) هذا هو الوجه الأصح، فيجب في القيمي رد المثل صورة. (المنهاج ومغني المحتاج ١١٩/٢، الروضة ٣٧/٤).

(٢) حديث أبي رافع سبق بيانه في الفصل السابق ص ١٨٨ هـ ٥.

(٣) وهذا هو الوجه الأصح في رد مثل الخبز، وأنه يجوز اقتراضه لإجماع أهل الأمصار على ذلك (الروضة ٣٣/٤، مغني المحتاج ١١٩/٢، المجموع ١٧٥/١٣).

(٤) وهذا هو الوجه الأصح، فيجوز أن يقرضه الخبز، ويشترط عليه رد الخبز. (الروضة ٣٣/٤ ـ ٣٧).

طالبه بقيمة الطعام بمكة، أجبر على دفعها؛ لأنه بمكة كالمعدوم، وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته، ويجب قيمته بمصر، لأنه يستحقه بمصر[1].

فإن أراد أن يأخذ عن بدل القرض عوضاً، جاز؛ لأن ملكه عليه مستقر، فجاز أخذ العوض عنه، كالأعيان المستقرة، وحكمه في اعتبار القبض في المجلس حكم ما يأخذه بدلاً عن رأس مال السلم بعد الفسخ، وقد بيناه، والله أعلم.

• • •

(١) انظر: الروضة (٤/٣٦).

كتاب الرهن

ويجوز الرهن[1] على الدين في السفر، لقوله عز وجل: ﴿وإنْ كنتُمْ على سَفَرٍ، ولم تجِدُوا كاتِباً فرهانٌ مقبوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ويجوز في الحضر[2]، لما روى أنس رضي الله عنه أن النبـي ﷺ «رهن درعاً عند يهودي بالمدينة، وأخذ منه شعيراً لأهله»[3].

---

(١) أصل الرهن في اللغة الثبوت والدوام والاحتباس، يقال: شيء راهن أي دائم، وكأن الرهن يقيم عند المرتهن حتى يستوفي حقه، وجمعه رُهن وأرهان، وفي الشرع: الرهن جعل مال وثيقة على دين ليستوفى منه الدين عند تعذره ممن عليه، ويطلق على العين المرهونة تسمية للمفعول به باسم المصدر، والرهن مجمع على جوازه، وعقد إرفاق أي نفع. (النظم ١/ ٣٠٥، المجموع ١٣/ ١٧٧).

(٢) الحديث يدل على صحة الرهن في الحضر، وهو قول الجمهور، والتقييد في الآية في السفر خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له لدلالة الحديث على مشروعيته في الحضر، ولأن السفر مظنة فقد الكاتب. (المجموع ١٣/ ١٧٨).

(٣) حديث أنس رواه البخاري (٢/ ٧٢٩ كتاب البيوع، باب شراء النبـي ﷺ بالنسيئة، ٢/ ٨٨٧ كتاب الرهن، باب الرهن في الحضر)، والنسائي (٧/ ٢٥٤ كتاب البيوع، باب الرهن في الحضر)، وابن ماجه (٢/ ٨١٥ كتاب الرهون، الباب الأول)، وسبق بيانه ص ١٨٤ هـ ٢. واليهودي هو أبو الشحم الظفري كما بينه الشافعي والبيهقي وابن حجر. (المجموع ١٣/ ١٧٧، التلخيص الحبير ٣/ ٣٥).

فـصــل [الرهن من جائز التصرف]:

ولا يصح الرهن إلاَّ من جائز التصرف في المال؛ لأنه عقد على المال، فلم يصح إلاَّ من جائز التصرف في المال كالبيع[(١)].

فـصــل [المأخوذ به الرهن]:

ويجوز أخذ الرهن على دين السلم، وعوض القرض، للآية، والخبر[(٢)]، ويجوز على الثمن، والأجرة، والصداق، وعوض الخلع، ومال الصلح، وأرش الجناية، وغرامة المتلف، لأنه دين لازم، فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم، وبدل القرض.

ولا يجوز أخذه على دين الكتابة؛ لأن الرهن إنما جعل ليحفظ عوض ما زال عنه ملكه من مال، ومنفعة، وعضو، والمعوَّض في الكتابة، هو الرقبة، وهي باقية على ملكه، لا يزول ملكه عنها إلاَّ بالأداء فلا حاجة به إلى الرهن، ولأن الرهن إنما يعقد لتوثيق الدين حتى لا يبطل، والمكاتب يملك أن يبطل الدين بالفسخ إذا شاء، فلا يصح توثيقه[(٣)].

فأما مال الجعالة قبل العمل[(٤)]، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز أخذ الرهن به؛ لأنه مال شرط في عقد لا يلزم، فلا يجوز أخذ الرهن به[(٥)]، كمال الكتابة،

---

(١) لا يصح الرهن من الصبي والمجنون والمحجور عليه؛ لأنه لا يصح منهم البيع، ولا يرهن الولي ولا يرتهن إلاَّ لضرورة أو غبطة ظاهرة. (المجموع ١٣/١٧٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٢٢).

(٢) الآية المذكورة في أول الفصل، وكذلك الخبر عن أنس رضي الله عنه.

(٣) لا يصح الرهن في نجوم الكتابة لكونها ديوناً غير لازمة. (الروضة ٤/٥٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٢٧).

(٤) هذا الخلاف إذا كان الرهن قبل العمل، أما بعد العمل فقد استحق العامل الجُعالة، وصح أخذ الرهن بها قطعاً، لأنها أصبحت لازمة. (المجموع ١٣/١٨١، الروضة ٤/٥٥).

(٥) وهذا هو الوجه الأصح بعدم صحة الرهن في الجعالة بعد الشروع في العمل، وقبل تمامه، أما قبل الشروع فلا يصح قطعاً لعدم ثبوته. (الروضة ٤/٥٥، المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٢٧).

والثاني: يجوز؛ لأنه دين يؤول إلى اللزوم[1]، فجاز أخذ الرهن به كالثمن في مدة الخيار. وأما مال السبق والرمي ففيه قولان، أحدهما: أنه كالإجارة، فيجوز أخذ الرهن به، والثاني: أنه كالجعالة، فيكون على الوجهين[2].

وأما العمل في الإجارة فإنه إن كانت الإجارة على عمل الأجير فلا يجوز أخذ الرهن به؛ لأن القصد بالرهن استيفاء الحق منه عند التعذر، وعمله لا يمكن استيفاؤه من غيره، وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة جاز أخذ الرهن به؛ لأنه يمكن استيفاؤه من الرهن، بأن يباع ويستأجر بثمنه من يعمل[3].

فصل [الرهن بعد ثبوت الدين]:

ويجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين، وهو أن يرهن بالثمن بعد البيع، وبعوض القرض بعد القرض، ويجوز عقده مع العقد على الدين، وهو أن يشترط الرهن في عقد البيع، وعقد القرض؛ لأن الحاجة تدعو إلى شرطه بعد ثبوته وحال ثبوته، فأما شرطه قبل العقد فلا يصح؛ لأن الرهن تابع للدين، فلا يجوز شرطه قبله[4].

فصل [الرهن على الأعيان]:

ولا يجوز أخذ الرهن على الأعيان، كالمغصوب، والمسروق، والعارية، والمأخوذ على وجه السوم؛ لأنه إن رهن على قيمتها إذا تلفت لم يصح؛ لأنه رهن على دين قبل ثبوته، وإن رهن على عينها لم يصح؛ لأنه لا يمكن استيفاء العين من

---

(١) يؤول إلى اللزوم: أي يرجع، يقال: آل: إذا رجع. (النظم ١/ ٣٠٥).

(٢) قال النووي: «أما المسابقة فإن جعلناها كالإجارة، أو كالجعالة فلها حكمها». (الروضة ٤/ ٥٥).

(٣) انظر: الروضة ٣/ ٥٥.

(٤) قال الإمام مالك وأبو حنيفة: يصح قبله، ودليلنا أنه وثيقة بحق فلم يجز أن يتقدم عليه. (المجموع ١٣/ ١٨٢).

الرهن[1].

فـصـل [الرهن غير لازم للمرتهن]:

ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن؛ لأن العقد لحظّه، لا حظَّ فيه للراهن، فجاز له فسخه إذا شاء، فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلاَّ بقبض، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿فرِهَانٌ مقْبُوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فوصف الرهن بالقبض، فدل على أنه لا يلزم إلاَّ به، ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول والقبض، فلم يلزم من غير قَبض كالهبة[2].

فإن كان المرهون في يد الراهن لم يجز للمرتهن قبضه إلاَّ بإذن الراهن، لأن للراهن أن يفسخه قبل القبض، فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه. فإن كان في يد المرتهن، فقد قال في «الرهن»: إنه لا يصير مقبوضاً بحكم الرهن إلاَّ بإذن الراهن، وقال في «الإقرار والمواهب»: إذا وهب له عيناً في يده صارت مقبوضة من غير إذن، فمن أصحابنا من نقل جوابه في «الرهن» إلى «الهبة»، وجوابه في «الهبة» إلى «الرهن» فجعلهما على قولين، أحدهما لا يفتقر واحد منهما إلى الإذن في القبض، لأنه لما لم يفتقر إلى نقل مستأنف لم يفتقر إلى إذن مستأنف، والثاني: أنه يفتقر، وهو الصحيح؛ لأنه عقد يفتقر لزومه إلى القبض، فافتقر القبض، إلى الإذن، كما لو لم تكن العين في يده[3]، وقولهم: إنه لا يحتاج إلى نقل مستأنف، لا يصح؛ لأن النقل يراد ليصير في يده، وذلك موجود، والإذن يراد لتمييز قبض الهبة، والرهن، عن قبض الوديعة والغصب، وذلك لا يحصل إلا

---

(١) هذا هو الأصح بأنه لا يصح الرهن بالأعيان المضمونة، وفيه وجه ضعيف: يجوز كل ذلك، وقال به أصحاب المذاهب الأخرى. (الروضة ٤/٥٣، المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٢٦، المجموع ١٣/١٨٣).

(٢) انظر: (المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٢٨، المجموع ١٣/١٨٥).

(٣) وهذا هو القول الراجح، قال النووي: «والأظهر اشتراط إذنه». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٢٨)، وانظر: المجموع ١٣/١٨٧.

بإذن، ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما، فقال: في الهبة لا تفتقر إلى الإذن، وفي الرهن يفتقر، لأن الهبة عقد يزيل الملك، فلم يفتقر إلى الإذن لقوته، والرهن لا يزيل الملك، فافتقر إلى الإذن لضعفه، والصحيح هو الطريق الأول، لأن هذا الفرق يبطل به إذا لم تكن العين في يده، فإنه يفتقر إلى الإذن في الرهن والهبة، مع ضعف أحدهما، وقوة الآخر.

فإن عقد على عين رهناً وإجارة، وأذن له في القبض عن الرهن والإجارة، صار مقبوضاً عنهما، فإن أذن له في القبض عن الإجارة دون الرهن، لم يصر مقبوضاً عن الرهن؛ لأنه لم يأذن له في قبض الرهن، فإن أذن له في القبض عن الرهن دون الإجارة صار مقبوضاً عنهما؛ لأنه أذن له في قبض الرهن، وقبض الإجارة لا يفتقر إلى الإذن؛ لأنه مستحق عليه.

فصل [إمكان قبض الرهن]:

وإن أذن له في قبض ما عنده، لم يصر مقبوضاً حتى يمضي زمان يتأتى فيه القبض، وقال في «حرملة»: لا يحتاج إلى ذلك كما لا يحتاج إلى نقل، والمذهب الأول[1]؛ لأن القبض إنما يحصل بالاستيفاء أو التمكين من الاستيفاء، ولهذا لو استأجر داراً لم يحصل له القبض في منافعها إلاَّ بالاستيفاء، أو بمضي زمان يتأتى فيه الاستيفاء، فكذلك ههنا.

فعلى هذا إن كان المرهون حاضراً فبأن يمضي زمان لو أراد أن ينقله أمكنه ذلك، وإن كان غائباً فبأن يمضي هو أو وكيله ويشاهده، ثم يمضي من الزمان ما يتمكن فيه من القبض.

وقال أبو إسحاق: إن كان مما ينتقل كالحيوان لم يصر مقبوضاً إلاَّ بأن يمضي إليه، لأنه يجوز أن يكون قد انتقل من المكان الذي كان فيه فلا يمكنه أن

---

(١) قال النووي: «لم يلزم (أي لا يصير مقبوضاً) ما لم يمض زمان إمكان قبضه». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٢٨).

يقدر الزمان الذي يمكن المضي فيه إليه من موضع الإذن إلى موضع القبض، فأما ما لا ينتقل فإنه لا يحتاج إلى المضي إليه، بل يكفي أن يمضي زمان لو أراد أن يمضي ويقبض أمكنه. ومن أصحابنا من قال: إن أخبره ثقة[1] أنه باق على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضاً، كما لو رآه وكيله، ومضى زمان يتأتى فيه القبض، والمنصوص هو الأول[2]، وما قال أبو إسحاق: لا يصح؛ لأنه كما يجوز أن ينتقل الحيوان من مكان إلى مكان، فلا يتحقق زمان الإمكان ففي غير الحيوان يجوز أن يكون قد أخذ، أو هلك، وما قال القائل الآخر من خبر الثقة لا يصح؛ لأنه يجوز أن يكون بعد رؤية الثقة حدث عليه حادث فلا يتحقق إمكان القبض، ويخالف الوكيل، فإنه قائم مقامه، فقام حضوره مقام حضوره، والثقة بخلافه.

فصل [الرجوع عن إذن القبض، والتصرف به]:

وإن أذن له في القبض، ثم رجع، لم يجز أن يقبض؛ لأن الإذن قد زال، فعاد كما لو لم يأذن له، وإن أذن له، ثم جُنَّ أو أغمي عليه، لم يجز أن يقبضه؛ لأنه خرج عن أن يكون من أهل الإذن، ويكون الإذن في القبض إلى من ينظر في ماله[3].

فإن رهن شيئاً ثم تصرف فيه قبل أن يقبضه نظرتَ: فإن باعه، أو جعله مهراً في نكاح، أو أجرة في إجارة، أو وهبه وأقبضه، أو رهنه وأقبضه، أو كان عبداً فكاتبه، أو أعتقه، انفسخ الرهن؛ لأن هذه التصرفات تمنع الرهن، فانفسخ بها الرهن.

---

(١) ثقة: أي أمين، يقال: وثقت به أثق إذا ائتمنته، وكذا الوثيقة، فعيلة من هذا، لأنه يأمن بها على استيفاء دينه. (النظم ١/٣٠٦).

(٢) لا يشترط ذهاب المرتهن إلى مكان الرهن في الأصح. (مغني المحتاج ٢/١٢٨).

(٣) ينظر في ذلك حسب الحظ بإقباض الرهن أو الحظ في تركه. (المجموع ١٣/١٩١).

فإن دبره فالمنصوص في «الأم» أنه رجوع، وقال الربيع: فيه قول آخر أنه لا يكون رجوعاً وهذا من تخريجه، ووجهه أنه يمكن الرجوع في التدبير، فإذا دبَّره أمكنه أن يرجع فيه، فيقبضه في الرهن، ويبيعه في الدين، والصحيح: هو الأول؛ لأن المقصود بالتدبير هو العتق، وذلك ينافي الرهن، فجعل رجوعاً كالبيع، والكتابة[1].

فإن رهن ولم يُقبض، أو وهب ولم يُقبض، كان ذلك رجوعاً على المنصوص، لأن المقصود منه ينافي الرهن، وعلى تخريج الربيع لا يكون رجوعاً؛ لأنه يمكنه الرجوع فيه.

وإن كان المرهون جارية فزوجها، لم يكن ذلك رجوعاً؛ لأن التزويج لا يمنع الرهن، فلا يكون رجوعاً في الرهن.

وإن كان داراً فأجرها، نظرتَ: فإن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي قبل محل الدين لم يكن رجوعاً؛ لأنها لا تمنع البيع عند المحل، فلم ينفسخ بها كالتزويج، وإن كانت إلى مدة يحل الدين[2] قبل انقضائها، فإن قلنا: إن المستأجر يجوز بيعه، لم يكن رجوعاً؛ لأنه لا يمنع البيع عند المحل، وإن قلنا: لا يجوز بيعه، كان رجوعاً؛ لأنه تصرف ينافي مقتضى الرهن، فجعل رجوعاً كالبيع[3].

---

(١) قال النووي: «والتدبير رجوع على الصحيح المنصوص». (الروضة ٤/ ٦٩)، وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٩.

(٢) يحِل بالكسر، يقال: حل الدين يحِل بالكسر حلولاً والموضع: المحل، ومحل الدين أيضاً أجله، ومنه ﴿حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة: ١٩٦]، أي موضع نحره، وحل بالمكان يحُلُّ حلاً وحلولاً ومحلاً، والمحل أيضاً المكان الذي يحله بالفتح. (النظم ١/ ٣٠٦).

(٣) قال النووي: «والأصح على الجملة أنها (الإجارة) ليس رجوعاً مطلقاً، ونص عليه في «الأم» ». (الروضة ٤/ ٧٠)، وانظر: الروضة ٤/ ٦٩.

فصل [موت المتراهنين]:

وإن مات أحد المتراهنين فقد قال في «الرهن»: إذا مات المرتهن لم ينفسخ، وقال في «التفليس»: إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن.

فمن أصحابنا من جعل ما قال في «التفليس» قولاً آخر، أن الرهن ينفسخ بموت الراهن، ونقل جوابه فيه إلى المرتهن، وجوابه في المرتهن إليه وجعلهما على قولين، أحدهما: ينفسخ بموتهما، لأنه عقد لا يلزم بحال، فانفسخ بموت العاقد، كالوكالة، والشركة، والثاني: لا ينفسخ؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم، فلم ينفسخ بالموت، كالبيع في مدة الخيار.

ومنهم من قال: يبطل بموت الراهن، ولا يبطل بموت المرتهن؛ لأن بموت الراهن يحل الدين، ويتعلق بالتركة، فلا حاجة إلى بقاء الرهن، وبموت المرتهن لا يحل الدين، فالحاجة باقية إلى بقاء الرهن.

ومنهم من قال: لا يبطل بموت واحد منهما قولاً واحداً؛ لأنه إذا لم يبطل بموت المرتهن على ما نص عليه[1]، والعقد غير لازم في حقه بحال، فلأن لا يبطل بموت الراهن، والعقد لازم له بعد القبض أولى، وما قال في «التفليس» لا حجة فيه؛ لأنه لم يرد أن الرهن ينفسخ، وإنما أراد أنه إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن من غير إذن الورثة[2].

---

(١) المنصوص بمعنى المرفوع، يقال: نص الحديث أي رفعه وأسنده، ومنه: منصة العروس لارتفاعها، فكأنه رفعه حتى بان وظهر، وقيل: إنه أقصى البيان، من قولهم: نَصَصَت الناقة أي استخرجت أقصى ما عندها من السير، كأنه استقصاء بيانه. (النظم ١/ ٣٠٧)، وفي الفقه الشافعي: النص: ما بينه الإمام الشافعي في كتبه الجديدة.

(٢) في موت أحد المتعاقدين طرق، أصحها: فيهما قولان، وأظهرهما أن الرهن لا يبطل فيهما، لأن مصيره إلى اللزوم، فلا يبطل بموتهما كالبيع، ويقوم ورثة كل منهما مقامهما، والقول الثاني: أنه يبطل، لأنه عقد جائز، فبطل كالوكالة. (الروضة ٤/ ٧٠، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٩، المجموع ١٣/ ١٩٢).

فصل [الامتناع عن تسليم الرهن]:

إذا امتنع الراهن من تسليم الرهن، أو انفسخ العقد قبل القبض، نظرتَ: فإن كان الرهن غير مشروط في العقد على البيع بقي الدين بغير رهن، وإن كان الرهن مشروطاً في البيع ثبت للبائع الخيار بين أن يمضي البيع من غير رهن، أو يفسخه؛ لأنه دخل في البيع بشرط أن يكون له بالثمن وثيقة، ولم تسلم له فثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء.

فصل [لزوم الرهن للراهن]:

إذا أقبض الراهن الرهن لزم العقد من جهته، ولا يملك فسخه؛ لأنه عقد وثيقة، فإذا تم لم يجز فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان، ولأنا لو جوزنا له الفسخ من غير رضا المرتهن، بطلت الوثيقة، وسقط فائدة الرهن.

فصل [فكاك الرهن]:

ولا ينفك من الرهن[1] شيء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين؛ لأنه وثيقة محضة، فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه، كالشهادة، والضمان[2].

فإن رهن اثنان عند رجل عيناً بينهما بدين له عليهما، فبرىء أحدهما، أو رهن رجل عند اثنين عيناً بدين عليه لهما، فبرىء من دين أحدهما، انفك نصف العين من الرهن، لأن الصفقة إذا حصل في أحد شطريها[3] عاقدان، فهما عقدان، فلا يقف الفكاك في أحدهما على الفكاك في الآخر، كما لو فرق بين العقدين[4].

---

(١) لا ينفك الرهن أي لا يتخلص، فككت الشيء خلصته، وكل شيئين خلصتهما فقد فككتهما. (النظم ١/٣٠٧).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٤١، الروضة ٤/١٠٨.

(٣) الشطر ههنا النصف. (النظم ١/٣٠٧).

(٤) وذلك لتفرق الصفقة. (انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٤١، الروضة ٤/١٠٨).

وإن أراد الراهنان في المسألة الأولى أن يقتسما، أو الراهن في المسألة الثانية أن يقاسم المرتهن الذي لم يبرأ من دينه، نظرت فإن كان مما لا ينقص قيمته بالقسمة كالحبوب، جاز ذلك من غير رضا المرتهن، وإن كان مما ينقص قيمته، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز من غير رضا المرتهن؛ لأنه يدخل عليه بالقسمة ضرر، فلم يجز من غير رضاه[1]، والثاني: يجوز؛ لأن المرهون عنده نصف العين، فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه.

فصل [العيب في الرهن]:

وإذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيباً كان قبل القبض، نظرتَ: فإن كان في رهن عقد بعد عقد البيع، لم يثبت له الخيار في فسخ البيع، وإن كان في رهن شرط في البيع، فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع، وبين أن يمضيه؛ لأنه دخل في البيع بشرط أن يسلم له الرهن؛ فإذا لم يسلم له ثبت له الخيار.

فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده، أو حدث به عيب عنده، لم يملك الفسخ؛ لأنه لا يمكنه رد العين على الصفة التي أخذ، فسقط حقه من الفسخ كما قلنا في المبيع إذا هلك عند المشتري، أو حدث به عيب عنده، ولا يثبت له الأرش؛ لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت.

ولو فات الرهن بالهلاك لم يجب بدله، فإذا فات بعضه لم يجب بدله، والله أعلم.

باب
ما يجوز رهنه وما لا يجوز

ما لا يجوز بيعه كالوقف، وأم الولد، والكلب، والخنزير، لا يجوز رهنه؛ لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه، وهذا لا يوجد فيما لا يجوز

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح بمنع القسمة لما فيها من ضرر التبعيض وقلة الرغبة. (الروضة ٤/١١١، ١١٢).

بيعه، فلم يصح رهنه[١].

فصل [رهن ما يسرع إليه الفساد]:

وما يسرع إليه الفساد من الأطعمة، والفواكه الرطبة التي لا يمكن استصلاحها، يجوز رهنه بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل فساده؛ لأنه يمكن بيعه واستيفاء الحق من ثمنه[٢].

فأما ما رهنه بدين مؤجل إلى وقت يفسد قبل محله، فإنه يُنظر فيه، فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد، جاز رهنه، وإن أطلق ففيه قولان، أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح[٣]؛ لأنه لا يمكن بيعه بالدين في محله، فلم يجز رهنه كأم الولد، والثاني: يصح؛ وإذا خيف عليه أجبر على بيعه، ويجعل ثمنه رهناً، لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف، ويصير كالمشروط والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فساده، فيصير كما لو شرط ذلك جاز رهنه؛ فكذلك إذا أطلق.

فإن رهن ثمرة يسرع إليها الفساد مع الشجر، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان، كما لو أفرده بالعقد، ومنهم من قال: يصح قولاً واحداً؛ لأنه تابع للشجر، فإذا هلكت الثمرة بقيت الشجرة[٤].

---

(١) كل عين جاز بيعها جاز رهنها، لأن ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن، ومحل الشيء محل لحكمته، ويستثنى أمور. (المجموع ١٣/ ١٩٨).

(٢) انظر: الروضة ٤/ ٤٣.

(٣) قال النووي: «وإن أطلق فسد في الأظهر». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٤)، وانظر: الروضة ٤/ ٤٣، ٤٤.

(٤) قال الشربيني: «ولو رهن الثمرة مع الشجرة صح مطلقاً، إلاّ إن كان الثمر لا يتجفف فله حكم ما يسرع إليه الفساد، فيصح تارة ويفسد أخرى». (مغني المحتاج ٢/ ١٢٤)، وقال النووي عن الحالة الأخيرة: «فالمذهب بطلان رهن الثمر، وفي الشجر قولا تفريق الصفقة». (الروضة ٤/ ٤٨).

فـصـل [تعليق الرهن على صفة]:

وإن علّق عتق عبد على صفة توجد قبل محل الدين، لم يجز رهنه؛ لأنه لا يمكن بيعه في الدين، وقال أبو علي الطبري رحمه الله: إذا قلنا: يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد، جاز رهنه[١].

وإن علق عتقه على صفة، يجوز أن توجد قبل محل الدين، ويجوز أن لا توجد، ففيه قولان، أحدهما: يصح؛ لأن الأصل بقاء العقد، وإمكان البيع، ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه، فلا يمنع صحة الرهن، كجواز الموت في الحيوان المرهون، والثاني: لا يصح؛ لأنه قد توجد الصفة قبل محل الدين، فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة الرهن[٢].

فـصـل [رهن المدبر]:

واختلف أصحابنا في المدبر، فمنهم من قال: لا يجوز رهنه قولاً واحداً؛ لأنه قد يموت المولى فجأة[٣]، فيعتق، فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة الرهن، ومنهم من قال: يجوز قولاً واحداً؛ لأنه يجوز بيعه، فجاز رهنه، كالعبد القن، ومنهم من قال: فيه قولان، بناء على القولين في أن التدبير وصية، أو عتق بصفة، فإن قلنا: إنه وصية جاز رهنه؛ لأنه يجوز الرجوع فيه بالقول، فجعل الرهن رجوعاً، وإن قلنا: إنه عتق بصفة، لم يجز رهنه، لأنه

---

(١) والصحيح قول عامة الأصحاب، وأنه لا يصح رهنه. (المجموع ١٣/ ٢٠٠، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٣).

(٢) القول الثاني هو الأصح، وهو قول عامة الأصحاب، فلا يصح رهنه في هذه الحالة، كما لو قال إذا علق عتقه على قدوم زيد، أو إذا دخلت الدار، أو إذا كلمت زيداً فأنت حر. (انظر: المجموع ١٣/ ٢٠٠، مغني المحتاج ٢/ ١٢٣، الروضة ٤/ ٤٧).

(٣) فجأة: أي بغتة، يقال: فجأه الموت إذا بغته، وفجأة أيضاً بالفتح والكسر. (النظم ١/ ٣٠٨).

لا يجوز الرجوع فيه بالقول، وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك، والرهن لا يزيل الملك[1].

قال أبو إسحاق: إذا قلنا: إنه يصح رهنه، فحل الحق، وقضى سقط حكم الرهن، وبقي العبد على تدبيره، وإن لم يقض قيل له أترجع في التدبير؟ فإن اختار الرجوع بيع العبد في الرهن، وإن لم يختر فإن كان له مال غيره قضي منه الدين، ويبقى العبد على التدبير، وإن لم يكن له مال غيره، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يحكم بفساد الرهن، لأنا إنما صححنا الرهن لأنا قلنا لعله يقضي الدين من غيره، أو يرجع في التدبير، فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن، والثاني: أنه يباع في الدين، وهو الصحيح؛ لأنا حكمنا بصحة الرهن، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين[2].

وما سوى ذلك من الأموال كالعقار[3]، والحيوان، وسائر ما يباع، يجوز رهنه؛ لأنه يحصل به مقصود الرهن.

وما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعاً؛ لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع، فكان كالمقسوم في جواز الرهن[4]، فإن كان بين رجلين دار، فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه، ففيه وجهان، أحدهما: يصح كما يصح

---

(١) الراجح هو القول الأول، قال النووي: «ورهن المدبر... باطل على المذهب»، وإن التدبير ليس تعليق عتق بصفة على الأصح، والتدبير باق على صحته، وإذا صحح الرهن بطل التدبير، بناء على أنه وصية رجع عنها. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٣، الروضة ٤/ ٤٦).

(٢) الوجه الثاني هو الأصح فيباع الرهن في الدين. (الروضة ٤/ ٤٦).

(٣) العقار: هو الأرض والنخلة. (النظم ١/ ٣٠٨).

(٤) قال النووي: «ويصح رهن المشاع» (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٢)، وانظر: الروضة ٤/ ٣٨، المجموع ١٣/ ٢٠٣.

بيعه[1]، والثاني: لا يصح، لأن فيه إضراراً بالشريك، بأن يقتسما فيقع هذا البيت في حصته فيكون بعضه رهناً.

فصـل [رهن مال الغير]:

ولا يجوز رهن مال الغير بغير إذنه؛ لأنه لا يقدر على تسليمه، ولا على بيعه في الدين، فلم يجز رهنه، كالطير الطائر، والعبد الآبق[2].

فإن كان في يده مال لمن يرثه، وهو يظن أنه حي، فباعه، أو رهنه، ثم بان أنه قد مات قبل العقد، فالمنصوص أن العقد باطل؛ لأنه عقد، وهو لاعب، فلم يصح.

ومن أصحابنا من قال: يصح؛ لأنه صادف ملكه، فأشبه إذا عقد وهو يعلم أنه ميت.

فصـل [رهن المبيع قبل قبضه]:

وإن رهن مبيعاً لم يقبضه، نظرتَ: فإن رهنه قبل أن ينقد ثمنه لم يصح الرهن؛ لأنه محبوس بالثمن، فلا يملك رهنه كالمرهون، فإن رهنه بعد نقد الثمن، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبض، فلم يصح في المبيع قبل القبض كالبيع، والثاني: يصح، وهو المذهب؛ لأن الرهن لا يقتضي الضمان، فجاز فيما لم يدخل في ضمانه، بخلاف البيع[3].

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح بأنه يجوز رهن المشاع بغير إذن الشريك، فإن كان المشاع منقولاً فلا يصح نقله وتسليمه بغير إذن الشريك. (مغني المحتاج ٢/ ١٢٣، الروضة ٤/ ٣٨، المجموع ١٣/ ٢٠٣).

(٢) أما إذا رهن ملك الغير بإذنه فيجوز، كما لو استعار شيئاً ليرهنه بدين، فرهنه، جاز. (الروضة ٤/ ٥٠، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٥).

(٣) انظر: المجموع ١٣/ ٢٠٥.

فصل [رهن الدين]:

وفي رهن الدين وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه يجوز بيعه، فجاز رهنه كالعين، والثاني: لا يجوز؛ لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا؟ وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد[1].

فصل [رهن المرهون]:

ولا يجوز رهن المرهون من غير إذن المرتهن؛ لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق، كبيع ما باعه، وإجارة ما أجره، وهل يجوز رهنه بدين آخر عند المرتهن؟ ففيه قولان، قال في «القديم»: يجوز، وهو اختيار المزني؛ لأنه إذا جاز أن يكون مرهوناً بألف، ثم يصير مرهوناً بخمسمائة، جاز أن يكون مرهوناً بخمسمائة، ثم يصير مرهوناً بألف، وقال في «الجديد»: لا يجوز؛ لأنه رهن مستحق بدين، فلا يجوز رهنه بغيره، كما لو رهنه عند غير المرتهن[2].

فإن جنى العبد المرهون، ففداه المرتهن، وشرط على الراهن أن يكون رهناً بالدين والأرش ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: هو على القولين، ومنهم من قال: يصح ذلك قولاً واحداً، والفرق بين الأرش وبين سائر الديون أن الأرش متعلق بالرقبة، فإذا رهنه به فقد علق بالرقبة ما كان متعلقاً بها، وغيره لم يكن متعلقاً بالرقبة، فلم يجز رهنه به؛ ولأن في الرهن بالأرش مصلحة للراهن في حفظ ماله، وللمرتهن في حفظ وثيقته، وليس في رهنه بدين آخر مصلحة، ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها؛ والدليل عليه أنه يجوز أن يفتدي العبد بقيمته في الجناية، ليبقى عليه وإن كان لا يجوز أن يشتري ماله بماله.

---

(١) هذا الوجه الثاني هو الراجح، فلا يصح رهن الدين ولو ممن هو عليه في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٢).

(٢) قال النووي: «لا يجوز أن يرهنه المرهونَ عنده بدين آخر في الجديد». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٧، ١٢٨).

فصل [رهن الجاني]:

وفي رهن العبد الجاني قولان، واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاث طرق، فمنهم من قال: القولان في العمد، فأما في جناية الخطأ، فلا يجوز قولاً واحداً، ومنهم من قال: القولان في جناية الخطأ، فأما في جناية العمد فيجوز قولاً واحداً، ومنهم من قال: القولان في الجميع[1]، وقد بينا وجوههما في البيع.

فصل [رهن ما لا يقدر عليه]:

ولا يجوز رهن ما لا يقدر على تسليمه، كالعبد الآبق، والطير الطائر؛ لأنه لا يمكن تسليمه، ولا بيعه في الدين، فلم يصح رهنه.

فصل [رهن المجهول]:

وما لا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه؛ لأن الصفات مقصودة في الرهن للوفاء بالدين، كما أنها مقصودة في البيع للوفاء بالثمن، فإذا لم يجز بيع المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول.

فصل [رهن الثمرة]:

وفي رهن الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع قولان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه عقد لا يصح فيما لا يقدر على تسليمه فلم يجز في الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع[2]، والثاني: أنه يصح؛ لأنه إن كان بدين حال فمقتضاه أن تؤخذ فتباع فيأمن من أن تهلك بالعاهة، وإن كان بدين مؤجل فتلفت

---

(١) رهن الجاني كبيعه، والأصح أنه لا يصح بيع الجاني ورهنه إذا تعلق برقبته مال، ويجوز إذا كان المتعلق بها قوداً، أو تعلق بذمته دين. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٢٣، الروضة ٤/٤٥، ٤٦)، وسبق بيان ذلك في البيع.

(٢) هذا هو القول الأصح بأنه لا يصح بيع الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، قال النووي: «فإن رهنها مطلقاً لم يصح على الأظهر، وقيل: لا يصح قطعاً كالبيع». (الروضة ٤/٤٨).

الثمرة لم يسقط دينه، وإنما تبطل وثيقته، والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل، فجاز بخلاف البيع، فإن العادة فيه أن يترك إلى أوان الجُذاذ فلا يأمن أن يهلك بعاهة فيذهب الثمن، ولا يحصل المبيع، فيعظم الضرر، فلم يجز من غير شرط القطع.

فصل [رهن الأصول التي تحمل مرتين]:

وإن كان له أصول تحمل في السنة مرة بعد أخرى، كالتين، والقثاء، فرهن الحمل الظاهر، فإن كان بدين يستحق فيه بيع الرهن قبل أن يحدث الحمل الثاني، ويختلط به جاز؛ لأنه يأمن الغرر بالاختلاط، وإن كان بدين لا يستحق البيع فيه إلاَّ بعد حدوث الحمل الثاني واختلاطه به، نظرتَ: فإن شرط أنه إذا أخيف الاختلاط قطعه، جاز؛ لأنه منع الغرر بشرط القطع، وإن لم يشترط القطع، ففيه قولان، أحدهما: أن العقد باطل؛ لأنه يختلط بالمرهون غيره، فلا يمكن إمضاء العقد على مقتضاه، والثاني: أنه صحيح؛ لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن، أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه، ويأخذ ما زاد، فإذا أمكن إمضاء العقد لم يحكم ببطلانه[١].

فصل [رهن الجارية دون ولدها]:

ويجوز أن يرهن الجارية دون ولدها؛ لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يؤدي إلى التفريق بينهما، فإن حل الدين ولم يقضه بيعت الأم والولد، ويقسم الثمن عليهما، فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن في قضاء دينه، وما قابل الولد يكون للراهن، لا يتعلق به حق المرتهن[٢].

---

(١) قال النووي: «إذا شرط أن لا يقطع عند خروج الثانية لم يصح، وإن شرط قطعه صح، وإن أطلق فقولان»، ولم يرجح النووي أحدهما (الروضة ٤/ ٤٩)، وعلى القول بالصحة واختلفا في قدر المرهون فالقول قول الراهن مع يمينه. (الروضة ٤/ ٤٩).

(٢) قال النووي: «ويصح... رهن الأم دون ولدها وعكسه، وعند الحاجة يباعان ويوزع الثمن، والأصح أن تقوّم الأم وحدها ثم مع ولد، فالزائد قيمته». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٣). وانظر: الروضة ٤/ ٤١.

فصل [رهن المصحف والكتب]:

وفي جواز رهن المصحف وكتب الأحاديث والعبد المسلم عند الكافر طريقان، قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد: فيه قولان كالبيع، أحدهما: يبطل، والثاني: يصح، ويجبر على تركه في يد مسلم[1]، وقال أبو علي الطبري في «الإفصاح»: يصح الرهن قولاً واحداً، ويجبر على تركه في يد مسلم[2]، ويفارق البيع بأن ينتقل الملك فيه إلى الكافر، وفي الرهن المرهون باق على ملك المسلم.

فصل [الشرط في الرهن]:

فإن شرط في الرهن شرطاً ينافي مقتضاه[3]، مثل أن يقول: رهنتك على أن لا أسلمه، أو على أن لا يباع في الدين، أو على أن منفعته لك، أو على أن ولده لك، فالشرط باطل، لقوله ﷺ: «كلُّ شرطٍ ليسَ في كتابِ اللَّهِ تعالى فهو باطل، ولو كان مائة شرط»[4]، وهل يبطل الرهن؟ ينظر فيه فإن كان الشرط نقصاناً في حق المرتهن، كالشرطين الأولين، فالعقد باطل؛ لأنه يمنع المقصود فأبطله، وإن كان زيادة في حق المرتهن، كالشرطين الآخرين، ففيه قولان، أحدهما: يبطل الرهن، وهو الصحيح؛ لأنه شرط فاسد قارن العقد فأبطله، كما لو شرط نقصاناً في حق المرتهن[5]، والثاني: أنه لا يبطل؛ لأنه شرط جميع أحكامه وزاد، فبطلت الزيادة،

---

(١) الطريق الثاني هو الراجح، ويصح الرهن على المذهب. (الروضة ٤/ ٣٩، ٤٠).

(٢) يجعل العبد والمصحف في يد عدل. (الروضة ٤/ ٣٩).

(٣) إذا شرط شرطاً يقتضيه العقد صح العقد. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢١، الروضة ٤/ ٥٨).

(٤) هذا الحديث رواه أحمد (٦/ ١٨٣) عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً بلفظ: «كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو مردود، وإن اشترطوا مائة مرة». ورواه البزار والطبراني عن ابن عباس رضي الله عنه بلفظ «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط». (المجموع ١٣/ ٢١٦)، وروى البخاري ومسلم شطره الأول، كما سيمر ص ٣٣٥.

(٥) هذا القول هو الراجح، ويبطل الرهن في الأظهر بالشرط الذي يضر الراهن وينفع المرتهن، كما لو كان الشرط يضره. (المنهاج ٢/ ١٢١، الروضة ٤/ ٥٨).

وبقي العقد بأحكامه. فإذا قلنا: إن الرهن يبطل، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع، فهل يبطل البيع؟ فيه قولان، أحدهما: أنه لا يبطل؛ لأنه يجوز شرطه بعد البيع، وما جاز شرطه بعد تمام العقد، لم يبطل العقد بفساده، كالصداق في النكاح، والثاني: أنه يبطل، وهو الصحيح؛ لأن الرهن يترك لأجله جزء من الثمن، فإذا بطل الرهن، وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذي ترك لأجله، وذلك مجهول، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم، صار الجميع مجهولاً، فيصير الثمن مجهولاً، والجهل بالثمن يفسد البيع[(١)].

فصل [يد المرتهن والعدل]:

ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن، ويجوز أن يجعل في يد عدل؛ لأن الحق لهما، فجاز ما اتفقا عليه من ذلك[(٢)].

فإن كان المرهون أمة لم توضع إلاَّ عند امرأة، أو عند مَحْرم لها، أو عند من له زوجة، لقوله ﷺ: «لا يَخْلُونَّ أحدُكم بامرأةٍ ليستْ له بمَحْرَمٍ[(٣)]، فإن ثالثهما الشيطان»[(٤)].

فإن جعل الرهن على يد عدل[(٥)]، ثم أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره، لم يكن له ذلك؛ لأنه حصل عند العدل برضاهما، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقله، فإن اتفقا على النقل إلى غيره جاز؛ لأن الحق لهما، وقد رضيا، فإن مات العدل

---

(١) وهذا القول هو الراجح في بطلان البيع إذا بطل الرهن. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٢٢، الروضة ٤/ ٥٨).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣٣.

(٣) أي ليست بمحرمَّة عليه. (النظم ١/ ٣١٠).

(٤) هذا الحديث صحيح ومتفق عليه من رواية ابن عباس رضي الله عنه، وسبق بيانه. (١/ ٣٢٥).

(٥) عدل: أي رضى ومقنع، وأصل العدل: ضد الجور، يقال: عدل في القضية فهو عادل. (النظم ١/ ٣١٠).

أو اختل، فاختلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده، أو مات المرتهن، أو اختل، والرهن عنده، فاختلف الراهن ومن ينظر في مال المرتهن فيمن يكون الرهن عنده، رفع الأمر إلى الحاكم، فيجعله عند عدل[1].

فإن جعلا الرهن على يد عدلين، فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأن ما جعل إلى اثنين لم يجز أن ينفرد به أحدهما، كالوصية[2]، والثاني: يجوز؛ لأن في اجتماع الاثنين على حفظه مشقة، فعلى هذا إن اتفقا على أن يكون في يد أحدهما جاز، وإن تشاحا، نظرتَ: فإن كان مما لا ينقسم جعل في حرز لهما، وإن كان مما ينقسم جاز أن يقتسما، فيكون عند كل واحد منهما نصفه، فإن اقتسما، ثم سلم أحدهما حصته إلى الآخر، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه لو سلم إليه قبل القسمة جاز، فكذلك بعد القسمة، والثاني: لا يجوز؛ لأنهما لما اقتسما صار كل واحد منهما منفرداً بحصته، فلا يجوز أن يسلم ذلك إلى غيره، كما لو جعل في يد كل واحد منهما نصفه[3]، والله أعلم.

بـــاب
ما يدخل في الرهن وما لا يدخل
وما يملكه الراهن وما لا يملكه

ما يحدث من عين الرهن من النماء المتميز[4]، كالشجر، والثمر، واللبن،

---

(١) قال النووي: «ولو مات العدل أو فسق جعلاه حيث يتفقان، وإن تشاحا وضعه الحاكم عند عدل». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣٤، الروضة ٤/ ٨٧).

(٢) هذا هو الوجه الراجح، وليس لأحدهما الانفراد في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣٤، الروضة ٤/ ٨٦).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، وليس لأحدهما أن يسلم حصته إلى الآخر. (مغني المحتاج ٢/ ١٣٤).

(٤) النماء: الزيادة، نما الشيء ينمو نماء ونمواً، وربما قالوا: ينمو بالواو، والمتميز: الذي لا يختلط بغيره، مِزت الشيء أميزه ميزا إذا عزلته وفرزته. (النظم ١/ ٣١٠).

والولد، والصوف، والشعر، لا يدخل في الرهن[1]، لما روى سعيد بن المسيب عن أبـي هريرة أن النبـي ﷺ قال: «لا يغْلَقُ الرهْنُ[2]، الرهن من راهنه[3] الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه»[4]، والنماء من الغنم فوجب أن يكون له، وعن ابن عمر وأبـي هريرة مرفوعاً «الرهن مَحْلوب، ومركوب»[5] ومعلوم أنه لم يرد أنه

---

(١) قال النووي: «ولا يسري الرهن إلى زيادته المنفصلة كثمرة وولد». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣٩)، وانظر: الروضة ٤/ ٦١.

(٢) قوله: «لا يغلق الرهن» فيه ثلاث تأويلات، أحدها: لا يأخذه المرتهن بدينه، إذا قضاه من غيره انفك، والثاني: أنه لا يسقط الحق بتلفه، والثالث: لا ينغلق حتى لا يكون للراهن فكه عن الرهن، بل له فكه بأن يقضي الحق، ومعنى لا يغلق: أي لا يستغلق فلا يفك، أي لا يطلق بعد ذلك من الرهن، من غلق الباب وانغلق واستغلق إذا عسر فتحه، والغلق ضد الفك. (النظم ١/ ٣١٠).

(٣) قوله: «الرهن من راهنه» أي عليه ضمانه، قال الشافعي رحمه الله: هذا أبلغ كلمة للعرب، يقولون: هذا الشيء من فلان، يريدون من ضمانه، وقيل: من ههنا بمعنى اللام. (النظم ١/ ٣١٠).

(٤) هذا الحديث رواه البيهقي باللفظ السابق موصولاً (٦/ ٣٩)، والحاكم (٢/ ٥١، ٥٢)، وابن حبان (موارد الظمآن ص ٢٧٤)، والدارقطني (٣/ ٣٢، ٣٣)، وابن ماجه (٢/ ٨١٦ كتاب الرهون، باب لا يغلق الرهن)، وله طرق وروايات كثيرة. (التلخيص الحبير ٣/ ٣٦).

قال الشافعي: غنمه: زيادته، وغرمه: هلاكه، أو غنمه أي منافعه، وجعل ذلك بمنزلة الغنيمة. يقال: غنم القوم غُنْماً بالضم، وغرمه ضمان ما يتلف منه، والغرم ما لزم أداؤه من الدين وغيره، والغريم الذي عليه الدين، وهو الذي له الدين أيضاً. (النظم ١/ ٣١٠).

(٥) نسبة الحديث لابن عمر فيه نظر. (المجموع ١٣/ ٢٢٧).

أما حديث أبـي هريرة فهو صحيح، لكنه بألفاظ أخرى، رواه البخاري (٢/ ٨٨٨ كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب)، ورواه أحمد وأصحاب السنن إلاَّ النسائي. (المجموع ١٣/ ٢٢٧، التلخيص الحبير ٣/ ٣٥).

ورواه بلفظ المصنف عن أبـي هريرة مرفوعاً الحاكم (٢/ ٥٨)، والدارقطني (٣/ ٣٤، ٧٤)، والبيهقي ورجح وقفه (٦/ ٣٨).

والحديث ورد على خلاف القياس، وفسره الأئمة. (المجموع ١٣/ ٢٢٨). =

مجلوب ومركوب للمرتهن، فدل على أنه أراد به مجلوب ومركوب للراهن، ولأنه عقد لا يزيل الملك، فلم يسر إلى النماء المتميز، كالإجارة.

فإن رهن نخلاً على أن ما يتميز داخل في الرهن، أو ماشية على أن ما تنتج داخل في الرهن، فالمنصوص في «الأم» أن الشرط باطل[1]، وقال في «الأمالي القديمة»: لو قال قائل إن الثمرة والنتاج يكون رهناً كان مذهباً، ووجهه أنه تابع للأصل، فجاز أن يتبعه كأساس الدار، والمذهب: الأول، وهذا مرجوع عنه، لأنه رهن مجهول، ومعدوم، فلم يصح، بخلاف أساس الدار، فإنه موجود، ولكنه شق رؤيته، فعفي عن الجهل به.

وأما النماء الموجود في حال العقد، ينظر فيه، فإن كان شجراً فقد قال في «الرهن»: لا يدخل فيه، وقال في «البيع»: يدخل، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق، وقد بيناها في البيوع[2].

وإن كان ثمراً نظرتَ: فإن كان ظاهراً، كالطلع المؤبر، وما أشبهه من الثمار، لم يدخل في الرهن؛ لأنه إذا لم يدخل ذلك في البيع، وهو يزيل الملك، فلأن لا يدخل في الرهن، وهو لا يزيل الملك، أولى، وإن كان ثمراً غير ظاهر، كالطلع الذي لم يؤبر، وما أشبهه من الثمار، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: يدخل فيه قياساً على البيع، والثاني: لا يدخل فيه، وهو الصحيح؛ لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد، لم يدخل الموجود حال

= ولعل المصنف قصد من حديث ابن عمر ما رواه البخاري مرفوعاً بلفظ «لا يحلبن أحد ماشية امرىء بغير إذنه». (صحيح البخاري ٨٥٨/٢ كتاب اللقطة، باب لا تحتلب ماشية أخد بغير إذن)، وسبق بيانه ص ٨٦ هـ ٢.

(١) قال النووي: «ولو شرط أن تحدث زوائد مرهونة فالأظهر فساد الشرط، وأنه متى فسد فسد العقد». (المنهاج ومغني المحتاج ١٢٣/٢)، وانظر: الروضة ٥٩/٤.

(٢) سبق بيان ذلك ص ٩١ هـ ٣، وأن الطريقة الثالثة هي الأصح، وهي أن النماء يدخل في البيع، ولا يدخل في الرهن.

العقد[1]، ومنهم من قال: لا يدخل فيه قولاً واحداً، ويخالف البيع، فإن في البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشتري، والحادث بعد العقد لا حق للمرتهن فيه، ولأن البيع يزيل الملك، فيدخل فيه النماء، والرهن لا يزيل الملك، فلم يدخل فيه.

واختلف أصحابنا في ورق التوت، والآس، وأغصان الخلاف[2]، فمنهم من قال: هو كالورق، والأغصان من سائر الأشجار، فيدخل في الرهن، ومنهم من قال: إنها كالثمار من سائر الأشجار، فيكون حكمها حكم الثمار[3].

وإن كان النماء صوفاً أو لبناً، فالمنصوص أنه لا يدخل في العقد، وقال الربيع: في الصوف قول آخر أنه يدخل، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان، ومنهم من قال: لا يدخل قولاً واحداً، وما قاله الربيع من تخريجه[4].

فصل [التصرف في منافع الرهن]:

ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن، كخدمة العبد، وسكنى الدار وركوب الدابة، وزراعة الأرض[5]، لقوله ﷺ: «الرهنُ مجلوبٌ ومرْكُوب»[6]، ولأنه لم يدخل في العقد، ولا يضر

---

(١) هذا هو القول الراجح، والطريق الراجح، قال النووي: «ولا تدخل الثمرة المؤبرة تحت رهن الشجرة قطعاً، ولا غير المؤبرة على الأظهر». (الروضة ٤/ ٦١).

(٢) الآس: الهدس، والخلاف: شجر طيب يستخرج منه ماء طيب مثل ماء الورد، وتؤخذ أغصانه فتجعل طيباً كالهدس. (النظم ١/ ٣١١، المجموع ١٣/ ٢١٨).

(٣) وهذا هو القول الراجح أنها كالثمار، وفيها القولان في الثمرة غير المؤبرة. (الروضة ٢/ ٦١، وسبق في الهامش ١ ترجيح عدم الدخول على الأظهر).

(٤) الراجح أنه لا يدخل على المذهب. (الروضة ٤/ ٦١).

(٥) انظر: الروضة ٤/ ٧٩، لكن لا يحل له الإجارة إن كان الدين حالاً، أو يحل قبلها. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣١).

(٦) هذا الحديث سبق بيانه في الفصل السابق ص ٢١٣ هـ ٥.

بالمعقود له، فبقي على ملكه وتصرفه، كخدمة الأمة المزوجة، ووطء الأمة المستأجرة.

وله أن يستوفي ذلك بالإجارة والإعارة، وهل له أن يستوفي ذلك بنفسه؛ قال في «الأم»: له ذلك، وقال في «الرهن الصغير»: لا يجوز، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه لا يأمن أن يجحد فيبطل حق المرتهن، والثاني: يجوز، وهو الصحيح؛ لأن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره، جاز أن يستوفيها بنفسه، كمنفعة غير المرهون، ودليل القول الأول يبطل به إذا أكراه من غيره، فإنه لا يؤمن أن يجحد، ثم يجوز، ومنهم من قال: إن كان الراهن ثقة جاز؛ لأنه يؤمن أن يجحد، وإن كان غير ثقة لم يجز، لأنه لا يؤمن أن يجحد، وحمل القولين على هذين الحالين[1].

فصل [عدم الإضرار بالمرتهن]:

وأما ما فيه ضرر بالمرتهن فإنه لا يملك، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»[2]، فإن كان المرهون مما ينقل، فأراد أن ينتفع به في السفر، أو يكريه ممن يسافر به، لم يجز؛ لأن أمن السفر لا يوثق به، فلا يؤمن أن يؤخذ فيه، فيدخل على المرتهن الضرر[3].

---

(١) الطريق الأول هو الطريق الصحيح في الجواز وعدمه، وإن الصحيح الجواز. (الروضة ٤/ ٨٠، المجموع ١٣/ ٢٣١).

(٢) هذا الحديث رواه أحمد عن ابن عباس (١/ ٣١٢)، ورواه الحاكم من حديث أبي سعيد الخدري (٢/ ٥٨)، ورواه البيهقي (٦/ ٧٠، ١٥٦، ١٠/ ١٣٣)، والدارقطني (٤/ ٢٢٨، ٣/ ٧٧)، وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت (٢/ ٧٨٤ كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بجاره) وإسناده حسن، ورواه مالك مرسلاً. (الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣)، وأخرجه ابن ماجه أيضاً من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه. (المجموع ١٣/ ٣٩٨)؛ وسيأتي أيضاً ص ٢٢٠.

(٣) انظر: الروضة ٤/ ٨١.

وإن كان ثوباً لم يملك لبسه؛ لأنه ينقص قيمته؛ وإن كان أمة لم يملك تزويجها؛ لأنه ينقص قيمتها، وهل يجوز وطؤها؟ ينظر فإن كانت ممن تحبل لم يجز وطؤها؛ لأنه لا يؤمن أن تحبل فتنقص قيمتها، وتبطل الوثيقة باستيلادها، وإن كانت ممن لا تحبل لصغر أو كبر، ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: يجوز وطؤها؛ لأنا قد أمنا الضرر بالإحبال، وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا يجوز؛ لأن السن الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السن الذي تحبل فيه، مع اختلاف الطباع، فمنع من الجميع[1]، كما قلنا في شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في السكر حرم الجميع.

فإذا منعنا من الوطء منعنا من الاستخدام؛ لأنه لا يؤمن أن يطأها، وإذا لم يمنع من الوطء جاز الاستخدام.

فإن كان أرضاً فأراد أن يغرس فيها، أو يبني، لم يجز؛ لأنه يراد للبقاء، وينقص به قيمة الأرض عند القضاء[2].

فإذا خالف، وغرس، أو بنى والدين مؤجل، لم يقلع في الحال، لأنه يجوز أن يقضي الدين من غير الأرض، وربما لم تنقص قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن الدين، فلا يجوز الإضرار بالراهن في الحال لضرر متوهم بالمرتهن في ثاني الحال[3].

فإن حل الدين، ولم يقض، وعجزت قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن قدر الدين، قلع، فإن أراد أن يزرع ما يضر بالأرض لم يجز. وإن لم يضر بالأرض نظرتَ: فإن كان يحصد قبل محل الدين، جاز؛ وإن كان لا يحصد إلاَّ بعد محل الدين، ففيه قولان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه ينقص قيمة الأرض، فيستضر به

(١) قال النووي: «ليس للراهن وطء المرهونة بكراً كانت أم ثيباً، عزل أم لا، وفي وجه ضعيف يجوز وطء ثيب لا تحبل لصغر أو إياس». (الروضة ٤/ ٧٧).

(٢) انظر: الروضة ٤/ ٧٩.

(٣) انظر: الروضة ٤/ ٨٠.

المرتهن[١]، والثاني: يجوز؛ لأنه ربما قضاه الدين من غير الأرض، وربما وقت قيمة الأرض، مع الزرع بالدين، فلا يمنع منه في الحال.

وإن أراد أن يؤجر إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها، لم يجز له؛ لأنه ينقص قيمة الأرض، وقال أبو علي الطبري رحمه الله: فيها قولان، كزراعة ما لا يحصد قبل محل الدين[٢].

وإن كان فحلاً، وأراد أن ينزيه[٣] على الإناث، جاز؛ لأنه انتفاع لا ضرر فيه على المرتهن، فلم يمنع منه كالركوب، فإن كان أنثى أراد أن ينزي عليها الفحل، نظرتَ: فإن كانت تلد قبل محل الدين جاز؛ لأنه لا ضرر على المرتهن، وإن كان الدين يحل قبل ولادتها وقبل ظهور الحمل بها، جاز؛ لأنه يمكن بيعها، وإن كان يحل بعد ظهور الحمل فإن قلنا: إن الحمل لا حكم له جاز؛ لأنه يباع معها، وإن قلنا: له حكم، لم يجز؛ لأنه خارج من الرهن، فلا يمكن بيعه مع الأم، ولا يمكن بيع الأم دونه، فلم يجز.

فصل [التصرف في عين الرهن]:

ويملك الراهن التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن، كودج الدابة وتبزيغها[٤]، وفصد العبد ....

---

(١) هذا هو القول الراجح، فيمنع من الزرع الذي يحصد بعد الحلول على المشهور. (الروضة ٤/ ٨٠).

(٢) والأول هو الأصح، وأنه لا تصح الإجارة إن كان الدين حالاً أو يحل قبلها. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣١).

(٣) النز: الوثب، لأن الفحل يثب على ظهر البهيمة للضراب. (النظم ١/ ٣١٢).

(٤) الودج للدابة بمنزلة الفصد للإنسان، والودج عرق في العنق، وهما وَدَجان بفتح الدال، عرقان غليظان في جانبي العنق، ويقال لهما: الوريدان، وقد ودج دابته يدجها ودجاً إذا شق ودجيها وأخرج دمها.

والتبزيغ: يقال: بزغ البيطار الدابة: شرط، والمبزغ: المشرط، والبزغ: الشق، ومنه بزغت =

وحجامته[1]، لأنه إصلاح مال من غير إضرار بالمرتهن.

وإن أراد أن يختتن العبد فإن كان كبيراً لم يجز؛ لأنه يخاف منه عليه، وإن كان صغيراً نظرتَ: فإن كان في وقت يندمل الجرح[2] فيه قبل حلول الدين، جاز، وإن كان في وقت يحل الدين قبل اندمال جرحه لم يجز؛ لأنه ينقص ثمنه. وإن كانت به أكلة يخاف من تركها ولا يخاف من قطعها جاز أن يقطع، وإن كان يخاف من تركها، ويخاف من قطعها، لم يجز قطعها؛ لأنه جرح يخاف عليه منه، فلم يجز، كما لو أراد أن يجرحه من غير أكلة[3].

وإن كانت ماشية فأراد أن يخرج بها في طلب الكلأ[4]، فإن كان الموضع مخصباً، لم يجز له ذلك؛ لأنه يغرر به من غير حاجة، وإن كان الموضع مجدباً، جاز له؛ لأنه موضع ضرورة.

وإن اختلفا في موضع النُجْعة، فاختار الراهن جهة، واختار المرتهن أخرى، قدم اختيار الراهن؛ لأنه يملك العين والمنفعة، وليس للمرتهن إلاّ حق الوثيقة، فكان تقديم اختياره أولى[5].

= الشمس، وهو يشق الرهصة، والرهصة أن يداوي باطن حافر الدابة من حجارة تطؤها، مثل الوقرة، ويقال: رَهِصتْ بالكسر رهصاً فهي مرهوصة ورهيص. (النظم ١/ ٣١٢).

(١) انظر: الروضة ٤/ ٩٤.

(٢) اندمل الجرح برىء، وعلت عليه جلبة للبرء، والآكلة علة يحدث منها جرح يتآكل منه اللحم ويتزايد في الصحيح، نسأل الله تعالى العافية. (النظم ١/ ٣١٢).

(٣) انظر: الروضة ٤/ ٩٤.

(٤) الكلأ: مهموز مقصور هو المرعى والعشب، وقد أكلأت الأرض فهي مكلئة، والنُجعة: بالضم طلب الكلأ في موضعه، يقال: انتجعت موضع كذا، وأنجعت فلاناً مثله. (النظم ١/ ٣١٢).

(٥) إن اختلفا في النُجْعة وعدمها أجبر الممتنع من النجعة عليها، لأن المصلحة في النجعة، فيجبر الممتنع عليها، لأن العبرة بما يعود بالمصلحة على الرهن. (المجموع ١٣/ ٢٣٥، الروضة ٤/ ٩٥).

وإن كان الرهن عبداً، فأراد تدبيره، جاز؛ لأنه يمكن بيعه في الدين، فإن دبّره، وحل الدين، فإن كان له مال غيره لم يكلف بيع المدبر، وإن لم يكن له مال غيره بيع منه بقدر الدين، وبقي الباقي على التدبير، وإن استغرق الدين جميعه، بيع الجميع.

فصل [الضرر في التصرف بالعين]:

ولا يملك التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»[١] فإن باعه، أو وهبه، أو جعله مهراً في نكاح، أو أجرة في إجارة، أو كان عبداً فكاتبه لم يصح؛ لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير، يبطل به حق المرتهن من الوثيقة[٢]، فلم يصبح من الراهن بنفسه كالفسخ.

وإن أعتقه ففيه ثلاثة أقوال، أحدها: يصح؛ لأنه عقد لا يزيل الملك، فلم يمنع صحة العتق، كالإجارة، والثاني: أنه لا يصح؛ لأنه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن، فلم يصح من الراهن بنفسه، كالبيع، والثالث، وهو الصحيح، أنه إن كان موسراً صح، وإن كان معسراً لم يصح[٣]، لأنه عتق في ملكه يبطل به حق غيره، فاختلف فيه الموسر والمعسر، كالعتق في العبد المشترك بينه وبين غيره.

فإن قلنا: إن العتق يصح، فإن كان موسراً أخذت منه القيمة وجعلت رهناً مكانه؛ لأنه أتلف رقه، فلزمه ضمانه، كما لو قتله، وتعتبر قيمته، وقت الإعتاق؛

---

(١) حديث لا ضرر ولا ضرار سبق بيانه ص ٢١٦ هـ ٢.
قال الهروي: لكل واحدة من اللفظين معنى غير الأخرى، فمعنى «لا ضرر»: أي لا يضر الرجل أخاه فينتقص شيئاً من حقه، أو ملكه، وهو ضد النفع، وقوله: «لا إضرار» أي لا يضر الرجل أخاه مجاراة، وينقصه بإدخال الضرر عليه والإضرار منهما جميعاً، والضرر فعل واحد، والمعنى: ولكن يعفو عنه. (النظم ٢/ ٣١٢).

(٢) قوله: «يبطل به حق المرتهن من الوثيقة»، احتراز عن إجارته وإعارته. (المجموع ١٣/ ٢٣٨).

(٣) وهو الأظهر (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣١، الروضة ٤/ ٧٥).

لأنه حالة الإتلاف[1]، ويعتق بنفس اللفظ.

ومن أصحابنا من قال: في وقت العتق ثلاثة أقوال، أحدها: بنفس اللفظ، والثاني: بدفع القيمة، والثالث: موقوف[2]؛ فإن دفع القيمة حكمنا أنه عتق من حين الإعتاق، وإن لم يدفع حكمنا أنه لم يعتق في حال الإعتاق، كما قلنا فيمن أعتق شركاً له في عبد أنه يسري[3]، وفي وقت السراية ثلاثة أقوال، وهذا خطأ؛ لأنه لو كان كالعتق في العبد المشترك، لوجب أن لا يصح العتق من المعسر، كما لا يسري العتق بإعتاق المعسر في العبد المشترك. وإن كان معسراً وجبت عليه القيمة في ذمته، فإن أيسر قبل محل الدين طولب بها لتكون رهناً مكانه. وإن أيسر في محل الدين طولب بقضاء الدين.

وإن قلنا: إن العتق لا يصح، ففكه، أو بيع في الدين، ثم ملكه، لم يعتق عليه، ومن أصحابنا: من قال: يعتق؛ لأنه إنما لم يعتق في الحال لحق المرتهن، وقد زال حق المرتهن، فنفذ العتق، كما لو أحبلها ثم فكها، أو بيعت ثم ملكها، والمذهب: الأول؛ لأنه عتق لم ينفذ في الحال، فلم ينفذ بعد ذلك[4]، كما لو أعتق المحجور عليه عبده، ثم فك عنه الحجر، ويخالف الإحبال، فإنه فعل، وحكم الفعل أقوى من حكم القول، ولهذا لو أحبل المجنون جاريته، نفذ إحباله، وثبت لها حق الحرية، ولو أعتقها لم يصح.

---

(١) قال النووي: «لكن في إعتاقه أقوال، أظهرها ينفذ من الموسر، ويغرم قيمته يوم عتقه رهناً». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣٠).

(٢) موقوف: أي محبوس عن التصرف حتى يبين حاله، لأن الواقف هو الذي لا يمضي ولا يأتي. (النظم ١/ ٣١٣).

(٣) يسري: هو من السرى، وهو سير الليل، كأن العتق يسري إلى باقيه فيعتق، وكذلك سراية الجراحة تسير إلى الصحيح فيعم البدن فيقتل. (النظم ١/ ٣١٣).

(٤) وهذا هو الوجه الأصح أنه لا ينفذ، وإن بيع في الدين ثم ملكه لم يعتق على المذهب. (الروضة ٤/ ٧٥، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣٠).

وإن قلنا: إنه يصح العتق إن كان موسراً ولا يصح إذا كان معسراً، فقد بينا حكم الموسر والمعسر.

وإن كان المرهون جاريةً فأحبلها، فهل ينفذ إحباله أم لا؟ على الأقوال الثلاثة، وقد بينا وجوهها في العتق.

فإن قلنا: إنه ينفذ، فالحكم فيه كالحكم في العتق، وإن قلنا: إنه لا ينفذ إحباله صارت أم ولد في حق الراهن؛ لأنها علقت بحر في ملكه، وإنما لم ينفذ لحق المرتهن، فإن حل الدين، وهي حامل، لم يجز بيعها؛ لأنها حامل بحر.

وإن ماتت من الولادة لزمه قيمتها؛ لأنها هلكت بسبب من جهته، وفي القيمة التي تجب ثلاثة أوجه، أحدها: تجب قيمتها وقت الوطء؛ لأنه وقت سبب التلف، فاعتبرت القيمة فيه كما لو جرحها، وبقيت ضنيئة إلى أن ماتت، والثاني: تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطء إلى حين التلف، كما قلنا فيمن غصب جارية، وأقامت في يده ثم ماتت، والثالث: أنه تجب قيمتها وقت الموت؛ لأن التلف حصل بالموت والمذهب: الأول[1]، وما قال الثاني لا يصح؛ لأن الغصب موجود من حين الأخذ إلى حين التلف، والوطء غير موجود من حين الوطء إلى حين التلف، وما قال الثالث يبطل به إذا جرحها، ثم ماتت، فإن التلف حصل بالموت ثم تجب القيمة وقت الجراحة.

وإن ولدت نظرتَ، فإن نقصت بالولادة وجب عليه أرش ما نقص[2].

وإن حل الدين، ولم يقضه فإن أمكن أن يقضي الدين بثمن بعضها بيع منها بقدر ما يقضي به الدين، وإن فكها من الرهن، أو بيعت، وعادت إليه ببيع أو غيره، صارت أم ولد له، وقال المزني: لا تصير كما لا تعتق إذا أعتقها، ثم فكها، أو ملكها، وقد بينا الفرق بين الإعتاق والإحبال فأغنى عن الإعادة.

---

(١) قال النووي: «وحيث أوجبنا القيمة وجب قيمتها يوم الإحبال على الأصح، لأنه سبب التلف». (الروضة ٤/ ٧٩)، وضنيئة: منقبضة.

(٢) لزمه الأرش وإن شاء جعله رهناً معها، وإن شاء صرفه في قضاء الدين. (الروضة ٤/ ٧٩).

فـصــل [وقف المرهون]:

وإن وقف المرهون ففيه وجهان، أحدهما: أنه كالعتق؛ لأنه حق لله تعالى لا يصح إسقاطه بعد ثبوته، فصار كالعتق، والثاني: أنه لا يصح؛ لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير، فلا يصح، كالبيع والهبة(١).

فـصــل [الإذن بالانتفاع من المرتهن]:

وما منع منه الراهن لحق المرتهن، كالوطء، والتزويج، وغيرهما، إذا أذن فيه جاز له فعله؛ لأن المنع لحقه، فزال بإذنه، وما يبطل لحقه كالبيع، والعتق، وغيرهما، إذا فعله بإذنه صح؛ لأن بطلانه لحقه، فصح بإذنه.

فإن أذن في البيع أو العتق، ثم رجع قبل أن يبيع، أو قبل أن يعتق، لم يجز البيع، والعتق؛ لأنه بالرجوع سقط الإذن، فصار كما لو لم يأذن، فإن لم يعلم بالرجوع، فباع أو أعتق ففيه وجهان، أحدهما: أنه يسقط الإذن ويصير كما إذا باع أو أعتق بغير الإذن، والثاني: أنه لا يسقط الإذن، بناء على القولين في الوكيل إذا عزله الموكل، ولم يعلم حتى تصرف(٢).

فـصــل [الإذن للراهن بالتصرف]:

وإن أذن له في العتق، فأعتق، أو في الهبة، فوهب، وأقبض، بطل الرهن، لأنه تصرف ينافي مقتضى الوثيقة فعله بإذنه، فبطلت به الوثيقة.

فإن أذن له في البيع لم يخل إما أن يكون في دين حالّ، أو في دين مؤجل، فإن كان في دين حالّ تعلق حق المرتهن بالثمن، ووجب قضاء الدين منه؛ لأن

---

(١) قال النووي: «وقف المرهون باطل على المذهب». (الروضة ٤/ ٧٧)، وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣٠، المجموع ١٣/ ٢٣٩.

(٢) هذا هو الوجه الأصح أن تصرف الراهن جاهلاً بالرجوع يعتبر كتصرف وكيل جهل عزله من موكله، والأصح عدم نفوذ التصرف، فإن كان عالماً برجوعه لم ينفذ قطعاً. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣٢، ١٣٣).

مقتضى الرهن بيعه، واستيفاء الحق منه، وإن كان في دين مؤجل، نظرتَ: فإن كان الإذن مطلقاً، فباع بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة؛ لأنه تصرف في عين الرهن، لا يستحقه المرتهن، فعله بإذنه، فبطل به الرهن، كما لو أعتقه بإذنه.

وإن أذن له في البيع بشرط أن يكون الثمن رهناً، ففيه قولان، قال في «الإملاء»: يصح، ووجهه أنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهناً، إلى أن يوفيه جاز، وقال في «الأم»: لا يصح لأن ما يباع به من الثمن مجهول، ورهن المجهول لا يصح، فإذا بطل الشرط بطل البيع[1]؛ لأنه إنما أذن في البيع بهذا الشرط، ولم يثبت الشرط، فلم يصح البيع.

وإن أذن له في البيع بشرط أن يعجل الدين، فباع، لم يصح البيع، وقال المزني: يبطل الشرط، ويصح العقد؛ لأنه شرط فاسد سبق البيع، فلم يمنع صحته، كما لو قال لرجل: بع هذه السلعة، ولك عشر ثمنها، وهذا خطأ؛ لأنه إنما أذن له بشرط أن يعجل الدين، وتعجيل الدين لم يسلم له، فإذا لم يسلم له الشرط بطل الإذن، فيصير البيع بغير إذن، ويخالف مسألة الوكيل، فإن هناك لم يجعل العوض في مقابلة الإذن، وإنما جعله في مقابلة البيع، وههنا جعل تعجيل الدين في مقابلة الإذن، فإذا بطل التعجيل بطل الإذن، والبيع بغير إذن المرتهن باطل، وحكي عن أبـي إسحاق أنه قال: في هذه المسألة قول آخر أنه يصح البيع، ويكون ثمنه رهناً، كما لو أذن له في البيع، بشرط أن يكون ثمنه رهناً[2].

فـصـل [نفقة الرهن]:

وما يحتاج إليه الرهن من نفقة وكسوة وعلف وغيرها، فهو على الراهن، لما

---

(١) هذا هو الأصح، فلو شرط رهن الثمن لم يصح البيع في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣٣).

(٢) الوجه الأول هو الأصح، قال النووي: «ولو أذن في بيعه ليعجل المؤجل من ثمنه لم يصح البيع». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٣٣).

روى أبو هريرة أن النبـي ﷺ قال: «الظَهْر يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب نفقته»[1]، والذي يركب، ويشرب هو الراهن، فوجب أن تكون النفقة عليه، ولأن الرقبة والمنفعة على ملكه، فكانت النفقة عليه[2].

وإن احتاج إلى شرب دواء، أو فتح عرق، فامتنع، لم يجبر عليه؛ لأن الشفاء بيد الله تعالى، وقد يجيء من غير فصد ولا دواء، ويخالف النفقة، فإنه لا يبقى دونها، فلزمه القيام بها.

فصل [جناية المرهون]:

وإن جنى العبد المرهون، لم يخل إما أن يجني على الأجنبـي، أو على المولى، أو على مملوك للمولى، فإن كانت الجناية على أجنبـي تعلق حق المجني عليه برقبته، ويقدم على حق المرتهن؛ لأن حقَّ المجني عليه يقدم على حق المالك[3]، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى، ولأن حق المجني عليه يختص بالعين، فلو قدمنا حق المرتهن عليه أسقطنا حقه، وحق المرتهن يتعلق بالعين والذمة، فإذا قدمنا حق المجني عليه لم يسقط حقه، فوجب تقديم حق المجني عليه، فإن سقط حق المجني عليه بالعفو أو الفداء، بقي حق المرتهن؛ لأن حق المجني عليه لم يبطل الرهن، وإنما قدم عليه حق المجني عليه لقوته، فإذا سقط حق المجني عليه بقي حق المرتهن، وإن لم يسقط حق المجني عليه نظرتَ: فإن كان قصاصاً في النفس اقتص له، وبطل الرهن[4]، وإن كان في الطرف اقتص له، وبقي الرهن في الباقي، وإن كان مالاً، وأمكن أن يوفى حقه ببيع بعضه، بيع منه ما

---

(١) حديث أبـي هريرة رضي الله عنه رواه البخاري (٢/ ٨٨٨ كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب)، وسبقت الإشارة إليه ص ٢١٣ هـ ٥.

(٢) انظر: الروضة ٤/ ٩٣.

(٣) يقدم حق المجني عليه، ويبطل الرهن. انظر: (الروضة ٤/ ١٠٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٤٠).

(٤) انظر: الروضة ٤/ ١٠٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٤٠.

يقضي به حقه، وإن لم يمكن إلاّ ببيع جميعه بيع، فإن فضل عن حق المجني عليه شيء من ثمنه تعلق به حق المرتهن.

وإن كانت الجناية على المولى نظرتَ: فإن كان فيما دون النفس اقتص منه، إن كان عمداً، وإن كان خطأ أو عمداً، فعفي عنه على مال، لم يثبت له المال[1]، وقال أبو العباس: فيه قول آخر: أنه يثبت له المال، ويستفيد به بيعه، وإبطال حق المرتهن من الرهن، ووجهه أن من ثبت له القصاص في العمد ثبت له المال في الخطأ، كالأجنبي، والصحيح: هو الأول؛ لأن المولى لا يثبت له المال على عبده، ولهذا لو أتلف له مالاً لم يستحق عليه بدله، ووجه الأول يبطل بغير المرهون؛ فإنه يجب له القصاص في العمد، ولا يجب له المال في الخطأ.

وإن كانت الجناية على النفس، فإن كانت عمداً ثبت للوارث القصاص، فإن اقتص بطل الرهن، وإن كانت خطأ أو عمداً، وعفي على مال، ففيه قولان، أحدهما: لا يثبت له المال؛ لأن الوارث قائم مقام المولى، والمولى لا يثبت له في رقبة العبد مال، فلا يثبت لمن يقوم مقامه[2]، والثاني: أنه يثبت له؛ لأنه يأخذ المال عن جناية حصلت، وهو في غير ملكه، فصار كما لو جنى على من يملكه المولى.

وإن كانت الجناية على مملوك للمولى فإن كانت على مملوك غير مرهون، فإن كانت الجناية عمداً فللمولى أن يقتص منه، وإن كانت خطأ أو عمداً وعفا على مال، لم يجز؛ لأن المولى لا يستحق على عبده مالاً.

وإن كانت الجناية على مملوك مرهون عند مرتهن آخر، فإن كانت الجناية عمداً، فللمولى أن يقتص منه، فإن اقتص بطل الرهن[3]، وإن كانت خطأ

---

(١) هذا هو الراجح. (انظر: الروضة ٤/ ١٠٤ ــ ١٠٥، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ١٤٠).
(٢) وهذا هو القول الراجح فلا يثبت المال في الأظهر. (الروضة ٤/ ١٠٥).
(٣) بطل الرهن جميعاً (الروضة ٤/ ١٠٥، المنهاج ٤/ ١٤٠).

أو عمداً، وعفي على مال، ثبت المال لحق المرتهن الذي عنده المجني عليه[1]؛ لأنه لو قتله المولى لزمه ضمانه، فإذا قتله عبده تعلق الضمان برقبته، فإن كانت قيمته أكثر من قيمة المقتول، وأمكن أن يقضي أرش الجناية ببيع بعضه، بيع منه ما يقضي به أرش الجناية ويكون الباقي رهناً، فإن لم يمكن إلاَّ ببيع جميعه بيع، وما فضل من ثمنه يكون رهناً، فإن كانت قيمته مثل قيمة المقتول، أو أقل منه، ففيه وجهان، أحدهما: بأنه ينقل القاتل إلى مرتهن المقتول، ليكون رهناً مكانه؛ لأنه لا فائدة في بيعه، والثاني: أنه يباع؛ لأنه ربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته، فيحصل عند كل واحد من المرتهنين وثيقة بدينه[2].

وإن كانت الجناية على مرهون عند المرتهن الذي عنده القاتل، فإن كانت عمداً فاقتص منه بطل الرهن، وإن كانت خطأ أو عمداً وعفي عنه على مال نظرت، فإن اتفق الدينان في المقدار، والحلول، والتأجيل، واتفقت قيمة العبدين، ترك على حاله؛ لأنه لا فائدة في بيعه، وإن كان الدين الذي رهن به المقتول حالاً والدين الذي رهن به القاتل مؤجلاً بيع؛ لأن في بيعه فائدة، وهو أن يقضي الدين الحال[3]، فإن اختلف الدينان، واتفقت القيمتان، نظرتَ: فإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أكثر لم يبع، لأنه مرهون بقدر فإذا بيع صار مرهوناً ببعضه، وإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أقل نقل، فإن في نقله فائدة، وهو أن يصير مرهوناً بأكثر من الدين الذي هو مرهون به[4]، وهل يباع وينقل ثمنه أو ينقل بنفسه؟ فيه وجهان، وقد مضى توجيههما.

وإن اتفق الدينان بأن كان كل واحد منهما مائة، واختلف القيمتان، نظر فيه،

---

(١) انظر: الروضة ٤/ ١٠٥.

(٢) وهذا هو الوجه الأصح، فيباع ويجعل الثمن رهناً في يده في الأصح. (الروضة ٤/١٠٦، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٤٠).

(٣) انظر: (الروضة ٤/١٠٦، المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٤١).

(٤) انظر: الروضة ٤/١٠٦.

فإن كانت قيمة المقتول أكثر لم يبع، لأنه إذا ترك كان رهناً بمائة، وإذا بيع كان ثمنه رهناً بمائة، فلا يكون في بيعه فائدة، وإن كانت قيمة القاتل أكثر بيع منه بقدر قيمة المقتول، ويكون رهناً بالحق، الذي كان المقتول رهناً به، وباقيه على ما كان[1].

فصل [جناية المرهون بإذن المولى]:

فإن جنى العبد المرهون بإذن المولى، نظرتَ: فإن كان بالغاً عاقلاً فحكمه حكم ما لو جنى بغير إذنه في القصاص والأَرْش على ما بيناه، ولا يلحق السيد بالإذن إلاَّ الإثم[2]، فإنه يأثم، لما رويَ عن النبي ﷺ أنه قال: «منْ أعانَ على قتلِ مسلمٍ ولو بشَطْرِ كلمةٍ[3]، جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه: آيس من رحمة الله»[4].

فإن كان غير بالغ نظرتَ: فإن كان مميزاً يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل، كان كالبالغ في جميع ما ذكرناه إلاَّ في القصاص، فإن القصاص لا يجب على الصبي[5]، وإن كان صغيراً لا يميز أو أعجمياً لا يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل لم تتعلق الجناية برقبته، بل يتعلق حكم الجناية بالمولى[6]، فإن كان موسراً أخذ منه الأرش، وإن كان معسراً فقد قال الشافعي رحمه الله: يباع

---

(١) انظر: الروضة ٤/١٠٦، ١٠٧.

(٢) انظر: الروضة ٤/١٠٤.

(٣) الشطر: النصف، وهو قوله: «اقـ »من (اقتل). (النظم ١/ ٣١٥).

(٤) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه عن أبـي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً، وفيه ضعف (٢/ ٨٧٤ كتاب الديات، باب التغليظ في قتل مسلم ظلماً).

(٥) قوله: «على الصبـي» أي المميز، وهو الذي يفرق بين القبيح والحسن، والنفع والضرر. (النظم ١/ ٣١٥).

(٦) قال النووي: «فالجاني هو السيد وعليه القصاص أو الضمان، ولا يتعلق المال برقبة العبد على الأصح». (الروضة ٤/ ١٠٤).

العبد في أرش الجناية، فمن أصحابنا من حمله على ظاهره، وقال: يباع؛ لأنه قد باشر الجناية، فبيع فيها، ومنهم من قال: لا يباع؛ لأن القاتل في الحقيقة هو المولى، وإنما هو آلة كالسيف وغيره، وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه أراد إذا ثبت بالبينة أنه قتله، فقال المولى: أنا أمرته، فقال: يُؤخذ منه الأرش إن كان موسراً بحكم إقراره، وإن كان معسراً بيع العبد بظاهر البينة، والله أعلم.

فصل [الجناية على المرهون]:

وإن جُني على العبد المرهون، فالخصم في الجناية هو الراهن[١]؛ لأنه هو المالك للعبد، ولما يجب من بدله، فإن ادعى على رجل أنه جنى عليه فأنكره، ولم تكن بينة، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن، فإن نكل فهل ترد اليمين على المرتهن؟ فيه قولان، بناء على القولين في المفلس إذا ردّت عليه اليمين، فنكل، فهل ترد على الغريم؟ فيه قولان، أحدهما: لا ترد؛ لأنه غير مدع، والثاني: ترد؛ لأنه ثبت له حق فيما يثبت باليمين، فهو كالمالك[٢].

فإن أقر المدعى عليه، أو قامت البينة عليه، أو نكل وحلف الراهن أو المرتهن على أحد القولين، فإن كانت الجناية موجبة للقود فالراهن بالخيار بين أن يقتص، وبين أن يعفو، فإن اقتص بطل الرهن، وإن قال: لا أقتص ولا أعفو وجهان، قال أبو علي بن أبي هريرة: للمرتهن إجباره على اختيار القصاص، أو أخذ المال؛ لأن له حقاً في بدله، فجاز له إجباره على تعيينه، وقال أبو القاسم الداركي: إن قلنا: إن الواجب بقتل العمد هو القود، لم يملك إجباره؛ لأنه إذا ملك إسقاط القصاص فلأن يملك تأخيره أولى، وإن قلنا: إن الواجب أحد الأمرين أجبر على التعيين؛ لأن له حقاً هو القصاص، وللمرتهن حقاً هو المال، فلزمه التعيين[٣].

---

(١) لو ترك الراهن الخصومة، فهل يخاصم المرتهن؟ فيه قولان، الأظهر لا. (الروضة ٤/ ١٠٠).

(٢) ذكر النووي القولين، ولم يرجح، قال: «قولان كغرماء المفلس إذا نكل». (الروضة ٤/ ١٠١).

(٣) الواجب في القصاص أحد الأمرين عند الشافعية، كما سيأتي في الجنايات.

وإن عفي على مال، أو كانت الجناية خطأ، وجب الأرش، وتعلق حق المرتهن به؛ لأن الأرش بدل عن المرهون، فتعلق حق المرتهن به[1].

وإن أسقط المرتهن حقه من الوثيقة، سقط؛ لأنه لو كان الرهن باقياً فأسقط حقه منه سقط، فكذلك إذا أسقط من بدله. فإن أبرأ المرتهن الجاني من الأرش لم يصح إبراؤه؛ لأنه لا يملكه، فلا ينفذ إبراؤه فيه، كما لو كان الراهن باقياً فوهبه، وهل يبطل بهذا الإبراء حقه من الوثيقة؟ فيه وجهان، أحدهما: يبطل؛ لأن إبراءه تضمن إبطال حقه من الوثيقة، فإذا سقط الإبراء بقي ما تضمنه من إبطال الوثيقة، والثاني: لا يبطل؛ لأن الذي أبطله هو الإبراء، والإبراء لم يصح، فلم يبطل ما تضمنه.

فإن أبرأه الراهن من الأرش لم يصح إبراؤه؛ لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة من غير رضاه، فلم يصح، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يهبه[2].

فإن أبرأه ثم قضى دين المرتهن، أو أبرأه المرتهن منه، فهل ينفذ إبراء الراهن للجاني من الأرش؟ فيه وجهان، أحدهما: ينفذ؛ لأن المنع منه لحق المرتهن، وقد زال حق المرتهن، فينفذ إبراء الراهن، والثاني: أنه لا ينفذ؛ لأنا حكمنا ببطلانه، فلا يجوز أن يحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه، كما لو وهب مال غيره ثم ملكه.

وإن أراد أن يصالحه عن الأرش على حيوان أو غيره، من غير رضا المرتهن، لم يجز؛ لأن حق المرتهن يتعلق بالقيمة، فلا يجوز إسقاطه إلى بدل من غير رضاه، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يبيعه من غير رضاه[3]، فإن رضي المرتهن

---

(١) انظر: الروضة ٤/ ١٠٠.

(٢) قال النووي: «لم يصح عفوه على المشهور لحق المرتهن». (الروضة ٤/ ١٠٤).

(٣) قال النووي: «لم يصح إلاَّ بإذن المرتهن». (الروضة ٤/ ١٠٢).

بالصلح، فصالح على حيوان، تعلق به حق المرتهن، وسلم إلى من كان عنده الرهن، ليكون رهناً مكانه(١).

فإن كان مما له منفعة انفرد الراهن بمنفعته، وإن كان له نماء انفرد بنمائه، كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه.

فإن كان المرهون جارية فجنى عليها، فأسقطت جنيناً ميتاً، وجب عليه عشر قيمة الأم، ويكون خارجاً من الرهن؛ لأنه بدل عن الولد، والولد خارج من الرهن، فكان بدله خارجاً منه(٢).

وإن كانت بهيمة، فألقت جنيناً ميتاً، وجب عليه ما نقص من قيمة الأم، ويكون رهناً؛ لأنه بدل عن جزء من المرهون(٣)، فإن ألقته حياً، ثم مات، ففيه قولان، أحدهما: يجب عليه قيمة الولد حياً؛ لأنه يمكن تقويمه فيكون للراهن، فإن عفي عنه صح عفوه، والثاني: يجب عليه أكثر الأمرين من قيمته حياً أو ما نقص من قيمة الأم، فإن كان قيمته حياً أكثر، وجب ذلك للراهن(٤)، وصح عفوه عنه، وإن كان ما نقص من قيمة الأم أكثر، كان رهناً.

فـصـل [عدم معرفة الجاني على العبد المرهون]:

وإن جُني على العبد المرهون، ولم يعرف الجاني، فأقر رجل أنه هو الجاني، فإن صدقه الراهن دون المرتهن كان الأرش له، ولا حق للمرتهن فيه، وإن صدقه المرتهن دون الراهن، كان الأرش رهناً عنده، فإن لم يقضه الراهن الدين استوفى المرتهن حقه من الأرش، فإن قضاه الدين، أو أبرأه منه المرتهن، رد الأرش إلى المقر.

---

(١) قال النووي: «إذا أذن صح، وكان المأخوذ رهناً». (الروضة ٤/ ١٠٢).

(٢) انظر: الروضة ٤/ ١٠٣.

(٣) انظر: الروضة ٤/ ١٠٣.

(٤) القول الأول هو الراجح في الأظهر فتجب قيمة الجنين حياً وأرش نقصان الأم إن نقصت. (الروضة ٤/ ١٠٣).

فـصـل [المرهون عصير]:

فإن كان المرهون عصيراً، فصار في يد المرتهن خمراً؛ زال ملك الراهن عنه، وبطل الرهن؛ لأنه صار محرماً لا يجوز التصرف فيه، فزال الملك فيه، وبطل الرهن، كالحيوان إذا مات[(١)].

فإن تخللت عاد الملك فيه؛ لأنه عاد مباحاً يجوز التصرف فيه، فعاد الملك فيه كجلد الميتة إذا دبغ، ويعود رهناً؛ لأنه عاد إلى الملك السابق، وقد كان في الملك السابق رهناً، فعاد رهناً[(٢)].

فإن كان المرهون حيواناً، فمات، وأخذ الراهن جلده، ودبغه، فهل يعود الرهن؟ فيه وجهان، قال أبو علي بن خيران: يعود رهناً، كما لو رهنه عصيراً فصار خمراً، ثم صار خلاً، وقال أبو إسحاق: لا يعود الرهن؛ لأنه عاد الملك فيه بمعالجة، وأمر أحدثه، فلم يعد رهناً، بخلاف الخمر فإنها صارت خلاً بغير معنى من جهته[(٣)].

فـصـل [تلف الرهن]:

وإن تلف الرهن في يد المرتهن من غير تفريط، تلف من ضمان الراهن، ولا يسقط من دينه شيء[(٤)]، لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ أن لا يَغْلِقَ الرهنُ ممن رهنَه»[(٥)]، ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض منه، فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن.

---

(١) انظر: الروضة ٤/ ٧١.

(٢) أي يعود الرهن على المشهور. (الروضة ٤/ ٧١).

(٣) وهذا هو الوجه الأصح فلا يعود الجلد رهناً على الأصح، واختاره الأكثرون. (الروضة ٤/ ٧١).

(٤) قال النووي: «ولو تلف مرهون بآفة بطل». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٤١)، وقال أيضاً: «لو رهن بشرط كونه مضموناً على المرتهن فسد الشرط والرهن، ولا يكون مضموناً عليه». (الروضة ٤/ ٩٨).

(٥) حديث سعيد بن المسيب صحيح، وسبق بيانه ص ٢١٣ هـ ٢ ــ ٤، وانظر التلخيص ٣/ ٣٦.

فإن غصب عيناً ورهنها بدين، ولم يعلم المرتهن، وهلكت عنده من غير تفريط، فهل يجوز للمالك أن يغرمه؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يغرمه؛ لأنه دخل على الأمانة، والثاني: له أن يغرمه؛ لأنه أخذه من يد ضامنة[1]، فإن قلنا: إنه يغرمه، فغرمه، فهل يرجع بما غرم على الراهن؟ فيه وجهان، أحدهما: يرجع؛ لأنه غرّه[2]، والثاني: لا يرجع؛ لأنه حصل التلف في يده، فاستقر الضمان عليه.

فإن بدأ وغرم الراهن، فإن قلنا: إن المرتهن إذا غرم رجع على الراهن لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه، وإن قلنا: إن المرتهن إذا غرم لا يرجع على الراهن، رجع عليه الراهن بما غرمه.

فإن رهن عند رجل عيناً، وقال: رهنتك هذا إلى شهر، فإن لم أعطك مالك فهو لك بالدين، فالرهن باطل؛ لأنه وقته، والبيع باطل، لأنه علقه على شرط فإن هلك العين قبل الشهر، لم يضمن؛ لأنه مقبوض بحكم الرهن، فلم يضمنه كالمقبوض عن رهن صحيح، وإن هلك بعد الشهر ضمنه؛ لأنه مقبوض بحكم البيع، فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح.

بـــاب
اختلاف المتراهنين

إذا اختلف المتراهنان، فقال الراهن: ما رهنتك، وقال المرتهن: رهنتني، فالقول قول الراهن مع يمينه[3]؛ لأن الأصل عدم العقد.

فـصــل [الاختلاف في عين الرهن]:

وإذا اختلفا في عين الرهن، فقال الراهن: رهنتك العبد، وقال المرتهن: بل

(١) وهذا هو الوجه الأصح، ويضمن المرتهن لثبوت يده. (الروضة ٤/ ٩٨).
(٢) وهذا هو الوجه الأصح، فيرجع المرتهن على الغاصب لتغريره. (الروضة ٤/ ٩٨).
(٣) قال النووي: «اختلفا في الرهن أو قدره صدق الراهن بيمينه إن كان رهن تبرع». (المنهاج ٢/ ١٤٢)، وانظر: الروضة ٤/ ١١٢.

رهنتني الثوب، فالقول قول الراهن أنه لم يرهن الثوب، فإذا حلف خرج الثوب عن أن يكون رهناً بيمينه، وخرج العبد عن أن يكون رهناً برد المرتهن.

فصل [الاختلاف في قدر الرهن]:

وإذا اختلفا في قدر الرهن، فقال الراهن: رهنتك هذا العبد، وقال: بل رهنتني هذين العبدين، فالقول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الرهن إلاَّ فيما أقر به، ولأن كل من كان القول قوله إذا اختلفا في أصله، كان القول قوله إذا اختلفا في قدره، كالزوج في الطلاق.

فإن رهنه أرضاً، وأقبضه، ووجد فيها نخيل، يجوز أن يكون حدث بعد الرهن، ويجوز أن يكون قبله، فقال الراهن: حدث بعد الرهن، فهو خارج من الرهن، وقال المرتهن: بل كان قبل الرهن، ورهنتنيه مع الأرض، فالقول قول الراهن[1]، وقال المزني: القول قول المرتهن؛ لأنه في يده، وهذا خطأ، لما ذكرناه في العبدين، وقوله: إنه في يده، لا يصح؛ لأن اليد إنما يقدم بها في الملك دون العقد.

ولهذا لو اختلفا في أصل العقد، كان القول قول الراهن، وإن كانت العين في يد المرتهن، فإن رهن حمل شجرة تحمل حملين، وحدث حمل آخر، وقلنا: إنه يصح العقد، فاختلفا في مقدار الحمل الأول، فالقول قول الراهن، وقال المزني: القول قول المرتهن؛ لأنه في يده، وهذا لا يصح؛ لأن الأصل أنه لم يدخل في العقد إلاَّ ما أقر به، وأما اليد فقد بينا أنه لا يرجح بها في العقد.

فصل [الاختلاف في قدر الدين]:

وإن اختلفا في قدر الدين، فقال الراهن: رهنتك هذا العبد بألف، وقال المرتهن: بل رهنتنيه بألفين، فالقول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الألف، فإن

---

(١) انظر: الروضة ٤/١١٢.

قال: رهنته بألف، وزادني ألفاً آخر على أن يكون رهناً بالألفين، وقال المرتهن: بل رهنتني بالألفين، وقلنا: لا تجوز الزيادة في الدين في رهن واحد، ففيه وجهان، أحدهما: أن القول قول الراهن؛ لأنهما لو اختلفا في أصل العقد كان القول قوله، فكذلك إذا اختلفا في صفته، والثاني: أن القول قول المرتهن؛ لأنهما اتفقا على صحة الرهن، والدين، والراهن يدّعي أن ذلك كان في عقد آخر، والأصل عدمه، فكان القول قول المرتهن.

فإن بعث عبده مع رجل ليرهنه عند رجل بمال، ففعل، ثم اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: أذنت له في الرهن بعشرة، وقال المرتهن: بل بعشرين، نظرتَ: فإن صدّق الرسول الراهنَ حلف الرسولُ أنه ما رهن إلاّ بعشرة ولا يمين على الراهن؛ لأنه لم يعقد العقد، وإن صدق الرسول المرتهن؛ فالقول قول الراهن مع يمينه، فإذا حلف بقي الرهن على عشرة وعلى الرسول عشرة؛ لأنه أقر بقبضها.

فـصـل [الاختلاف في عين هل هي رهن أم بيع]:

قال في «الأم»: إذا كان في يد رجل عبد لآخر، فقال رهنتنيه بألف، وقال السيد: بل بعتكه بألف، حلف السيد أنه ما رهنه بألف، لأن الأصل عدم الرهن، ويحلف الذي في يده العبد أنه ما اشتراه؛ لأن الأصل عدم الشراء، ويأخذ السيد عبده.

فإن قال السيد: رهنتكه بألف قبضتها منك قرضاً، وقال الذي في يده العبد: بل بعتنيه بألف قبضتها مني ثمناً، حلف كل واحد منهما على نفي ما ادُّعي عليه، لأن الأصل عدم العقد، وعلى السيد الألف؛ لأنه مقر بوجوبها.

فإن قال الذي في يده العبد: بعتنيه بألف، وقال السيد: بل رهنتكه بألف، حلف السيد أنه ما باعه، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو في يده؛ لأن البيع قد زال، والسيد معترف بأنه رهن، والمرتهن ينكر، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن.

فصل [الاختلاف في قبض الرهن]:

وإن اتفقا على رهن عين، ثم وجدت العين في يد المرتهن، فقال الراهن: قبضته بغير إذني، وقال المرتهن: بل قبضته بإذنك، فالقول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الإذن، ولأنهما لو اختلفا في أصل العقد، والعين في يد المرتهن، كان القول قول الراهن، فكذلك إذا اختلفا في الإذن.

فإن اتفقا على الإذن، فقال الراهن: رجعت في الإذن قبل القبض، وقال المرتهن: لم ترجع حتى قبضت، فالقول قول المرتهن؛ لأن الأصل بقاء الإذن.

وإن اتفقا على الإذن، واختلفا في القبض، فقال الراهن: لم تقبضه، وقال المرتهن: بل قبضت، فإن كانت العين في يد الراهن، فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم القبض، وإن كان في يد المرتهن، فالقول قوله؛ لأنه أذن في قبضه، والعين في يده، فالظاهر أنه قبضه بحق، فكان القول قوله.

وإن قال: رهنته، وأقبضته، ثم رجع، وقال: ما كنت أقبضته، حلفوه أنه قبض، فالمنصوص أنه يُحلَّف، وقال أبو إسحاق: إن قال: وكيلي أقبضه، وبان لي أنه لم يكن أقبضه، حلّف، وعليه تأول النص، وإن قال: أنا أقبضته، ثم رجع، لم يحلف؛ لأن إقراره المتقدم يكذبه، وقال أبو علي بن خيران وعامة أصحابنا: إنه يحلّف، لأنه لا يمكن صدقه بأن يكون قد وعده بالقبض، فأقر به ولم يكن قبض[1].

فصل [الاختلاف في صفة المقبوض]:

وإن رهن عصيراً، وأقبضه، ثم وجده خمراً في يد المرتهن، فقال: أقبضتنيه وهو خمر، فلي الخيار في فسخ البيع، وقال: الراهن بل أقبضتكه وهو عصير، فصار في يدك خمراً، فلا خيار لك، ففيه قولان، أحدهما: أن القول قول

---

(١) قال النووي: «ولو أقر بقبضه، ثم قال: لم يكن إقراري عن حقيقة، فله تحليفه». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٤٣).

المرتهن، وهو اختيار المزني؛ لأن الراهن يدعي قبضاً صحيحاً، والأصل عدمه، والثاني: أن القول قول الراهن، وهو الصحيح؛ لأنهما اتفقا على العقد والقبض، واختلفا في صفة يجوز حدوثها، فكان القول قول من ينفي الصفة[1]، كما لو اختلف البائع والمشتري في عيب بعد القبض.

وإن اختلفا في العقد، فقال المرتهن: رهنتنيه وهو خمر، وقال الراهن: بل رهنتكه وهو عصير، فصار عندك خمراً، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أكثرهم: هي على قولين، وقال أبو علي بن أبـي هريرة: القول قول المرتهن قولاً واحداً؛ لأنه ينكر العقد، والأصل عدمه[2].

فإن رهن عبداً فأقبضه في محمل، أو ملفوفاً في ثوب، ووجد ميتاً، فقال المرتهن: أقبضتنيه وهو ميت، فلي الخيار في فسخ البيع، وقال الراهن: أقبضتكه حياً، ثم مات عندك، فلا خيار لك، ففيه طريقان، أحدهما: وهو الصحيح أنه على القولين كالعصير، والثاني: وهو قول أبـي علي الطبري أن القول قول المرتهن؛ لأن هذا اختلاف في أصل القبض؛ لأن الميت لا يصح قبضه، لأنه لا يقبض إلاّ ظاهراً، بخلاف العصير، فإنه يقبض في الظرف، والظاهر منه الصحة.

فـصـل [الاختلاف في تحديد المرتهن]:

وإن كان لرجل عبد، وعليه ألفان لرجلين، لكل واحد منهما ألف، فادعى كل واحد منهما: أنه رهن العبد عنده بدينه، والعبد في يد الراهن، أو يد العدل، نظرتَ: فإن كذّبَهما فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرهن، وإن صدّقهما، وادعى الجهل بالسابق منهما فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف فسخ الرهن على

---

(١) وهذا هو القول الراجح، والأظهر قول المرتهن، لأن الأصل بقاء لزوم الرهن. (الروضة ١٢٥/٤).

(٢) ذكر النووي القولين على صيغة التضعيف، ولم يرجح، ثم قال: «فهذا اختلاف في جريان العقد صحيحاً أم فاسداً، وقد سبق بيانه». (الروضة ٤/ ١٢٥).

المنصوص؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل، كما لو زوج امرأةً وليان من رجلين، وجهل السابق منهما. ومن أصحابنا من قال: يجعل بينهما نصفين، لأنه يجوز أن يكون مرهوناً عندهما، بخلاف الزوجة.

وإن صدّق أحدَهما، وكذب الآخر، أو صدقهما وعين السابق منهما، فالرهن للمصدق، وهل يحلف للآخر؟ فيه قولان، أحدهما: يحلف، والثاني: لا يحلف، بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد، ثم أقر بها لعمرو، فهل يغرم لعمرو شيئاً أم لا؟ فيه قولان، فإن قلنا: لا يغرم لم يحلف؛ لأنه إن نكل لم يغرم فلا فائدة في عرض اليمين، وإن قلنا: يغرم حلف؛ لأنه ربما نكل فيغرم للثاني قيمته، فإن قلنا: لا يحلف فلا كلام، وإن قلنا: يحلف: نظرتَ: فإن حلف انصرف الآخر، وإن نكل عرضت اليمين على الثاني، فإن نكل انصرف، وإن حلف بنينا على القولين في يمين المدعي مع نكول المدعى عليه، فإن قلنا: إنها كالبينة نزع العبد وسلم إلى الثاني، وإن قلنا: إنه كالإقرار، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه ينفسخ؛ لأنه أقر لهما، وجُهل السابق منهما، والثاني: يجعل بينهما؛ لأنهما استويا، ويجوز أن يكون مرهوناً عندهما، فجعل بينهما، والثالث: يقر الرهن في يد المصدق، ويغرم للآخر قيمته، ليكون رهناً عنده؛ لأنه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه.

وإن كان العبد في يد أحد المرتهنين، نظرتَ: فإن كان في يد المقر له أقر في يده، لأنه اجتمع له اليد والإقرار، وهل يحلف للثاني؟ على القولين، فإن كان في يد الذي لم يقر له فقد حصل لأحدهما اليد، وللآخر الإقرار، وفيه قولان، أحدهما: يقدم الإقرار، لأنه يخبر عن أمر باطن، والثاني: يقدم اليد، وهو قول المزني؛ لأن الظاهر معه، والأول أظهر؛ لأن اليد إنما تدل على الملك، لا على العقد، وإن كان في يدهما فللمقر له الإقرار واليد على النصف، وفي النصف الآخر له الإقرار، وللآخر يد، وفيه قولان، أحدهما: يقدم الإقرار، فيصير الجميع رهناً عند المقر له، والثاني: يقدم اليد، فيكون الرهن بينهما نصفين.

فصل [الإقرار بجناية المرهون]:

وإن رهن عبداً وأقبضه، ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل، وصدقه المقر له، وأنكر المرتهن[1]، ففيه قولان، أحدهما: أن القول قول المرتهن، وهو اختيار المزني؛ لأنه عقد إذا تم منع البيع[2]، فمنع الإقرار كالبيع، والثاني: أن القول قول الراهن؛ لأنه أقر في ملكه بما لا يجر نفعاً إلى نفسه، فقبل إقراره، كما لو لم يكن مرهوناً، ويخالف هذا إذا باعه؛ لأن هناك زال ملكه عن العبد، فلم يقبل إقراره عليه، وهذا باق على ملكه فقبل إقراره عليه، فإن قلنا: إن القول قول الراهن، فهل يحلف؟ فيه قولان، أحدهما: لا يحلف؛ لأن اليمين إنما يعرض ليخاف فيرجع إن كان كاذباً، والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه، فلا معنى لعرض اليمين، ولأنه أقر في ملكه لغيره، فلم يحلف عليه كالمريض إذا أقر بدين، والثاني: يحلف؛ لأنه يحتمل أن يكون كاذباً، بأن واطأ المقر له ليسقط بالإقرار حق المرتهن، فحلف[3].

فإذا ثبت أنه رهنه وهو جان، ففي رهن الجاني قولان، أحدهما: أنه باطل، والثاني: أنه صحيح، وقد بينا ذلك في أول الرهن[4]، فإن قلنا: إنه باطل؛ وجب بيعه في أرش الجناية، فإن استغرق الأرش قيمته[5] بيع الجميع، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش، وفي الباقي وجهان، أحدهما: أنه مرهون؛ لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجني عليه، وقد زال، والثاني: أنه لا يكون مرهوناً؛ لأنا حكمنا

---

(١) قال المطيعي: «وإن كان المَثَل فيها بالعبد. . . فإنه يمكن أن ينطبق الحكم على نحو شيء آخر يمتلك ويرتهن، ويقع عليه الخلاف احتمالاً». (المجموع ١٣/ ٢٦٤).

(٢) وهذا هو القول الراجح، فلا يقبل قول الراهن في الأظهر صيانة لحق المرتهن. (الروضة ٤/١١٩).

(٣) هذا هو القول الأصح عند الشيخ أبي حامد ومن وافقه، فيحلف لحق المرتهن، ويحلف على البت. (الروضة ٤/١٢١).

(٤) سبق بيان ذلك ص٢٠٨ هـ١، وأن الأصح لا يصح بيع الجاني ورهنه إذا تعلق برقبته مال، ويجوز إذا كان المتعلق بها قوداً أو ديناً في الذمة.

(٥) الاستغراق: الاستيعاب، أي أخذ جميعه، وأصله من الغرق في الماء. (النظم ١/٣١٨).

ببطلان الرهن من أصله، فلا يصير مرهوناً من غير عقد[1]، وإن قلنا: إنه صحيح، فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش، ويكون الباقي مرهوناً، فإن اختار السيد أن يفديه على هذا القول، فبكم يفديه؟ فيه قولان، أحدهما: يفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية[2]، والثاني: يفديه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ، أو يسلم المبيع.

فإن قلنا: إن القول قول المرتهن لم يقبل قوله من غير يمين؛ لأنه لو رجع قبل رجوعه[3]، فحلف، فإذا ثبت أنه غير جان، فهل يغرم الراهن أرش الجناية؟ ففيه قولان، بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد، ثم أقر بها لعمرو، أحدهما: يغرم؛ لأنه منع بالرهن حق المجني عليه[4]، والثاني: لا يغرم؛ لأنه إن كان كاذباً فلا حق عليه، وإن كان صادقاً وجب تسليم العبد. فإن قلنا: إنه لا يغرم، فرجع إليه، تعلق الأرش برقبته، كما لو أقر على رجل أنه أعتق عبده ثم ملك العبد، فإن يعتق عليه.

وإن قلنا: يغرم، فكم يغرم؟ فيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان، كالقسم قبله، ومنهم من قال: يغرم أقل الأمرين قولاً واحداً[5]؛ لأن القول الثاني إنما يجيء في الموضع الذي يمكن بيعه فيمتنع، وههنا لا يمكن بيعه، فصار كجناية أم الولد.

وإن نكل[6] المرتهن عن اليمين، فعلى من تُردّ اليمين؟ فيه طريقان، أحدهما: تردّ على الراهن، وإن نكل فهل ترد على المجني عليه؟ فيه قولان، كما

---

(١) وهذا هو القول الراجح، فلا يكون رهناً على الأصح. (الروضة ٤/ ١٢٠).
(٢) وهذا هو القول الراجح، فإنه يفديه بالأقل من قيمته وأرش الجناية في الأظهر. (الروضة ٤/ ١٢٠).
(٣) القول في بقاء الرهن قول المرتهن مع يمينه، ويحلف على نفي العلم. (الروضة ٤/ ١١٩).
(٤) وهذا هو القول الراجح، فيغرم الراهن في الأظهر. (الروضة ٤/ ١١٩).
(٥) الطريق الثاني هو المذهب، وبه قال الأكثرون بأنه يغرم الأقل قطعاً. (الروضة ٤/ ١٢٠).
(٦) نكل عن اليمين والعدو إذا جبن وامتنع. (النظم ١/ ٣١٩).

قلنا في غرماء الميت، ومن أصحابنا من قال: ترد اليمين على المجني عليه أولاً[١]، فإن نكل فهل ترد على الراهن؟ على قولين[٢]، لأن المجني عليه يثبت الحق لنفسه، وغرماء الميت يثبتون الحق للميت.

فـصـل [الاختلاف في عتق العبد المرهون]:

وإن أعتق الراهن العبد المرهون، ثم اختلفا، فقال الراهن: أعتقته بإذنك، وأنكر المرتهن الإذن فالقول قوله[٣]؛ لأن الأصل عدم الإذن، فإن نكل عن اليمين حلف الراهن، وإن نكل الراهن، فهل تردّ على العبد؟ فيه طريقان، أحدهما: أنه على القولين، بناء على رد اليمين على غرماء الميت، قال في «الجديد»: لا ترد؛ لأنه غير المتراهنين، فلا ترد عليه اليمين، وقال في «القديم»: تردُّ؛ لأنه يثبت لنفسه حقاً باليمين، ومن أصحابنا من قال: ترد اليمين على العبد قولاً واحداً؛ لأن العبد يثبت باليمين حقاً لنفسه، وهو العتق، خلاف غرماء الميت.

فـصـل [إتلاف المرهون]:

وإن كان المرهون جارية فادعى الراهن أنه وطئها بإذن المرتهن، فأتت بولد لمدة الحمل، وصدقه المرتهن، ثبت نسب الولد، وصارت الجارية أم ولد.

وإن اختلفا في الإذن، أو في الولد، أو في مدة الحمل، فأنكر المرتهن شيئاً من ذلك، فالقول قوله؛ لأن الأصل في هذه الأشياء العدم.

فـصـل [الاختلاف في الوفاء]:

فإن كان عليه ألف برهن، وألف بغير رهن، فدفع إليه ألفاً، ثم اختلفا،

---

(١) هذا هو القول الراجح، وترد على المجني عليه في الأظهر، لأن الحق له. (الروضة ٤/ ١٢٠).

(٢) وأصح القولين أنها لا ترد، لأن اليمين المردودة لا ترد مرة بعد أخرى، ويكون نكول الراهن كحلف المرتهن في تقرير الرهن. (الروضة ٤/ ١٢٠).

(٣) القول قول المرتهن على الأصح عند الأكثرين، وقيل قول الراهن. (الروضة ٤/ ١٢٣).

نظرتَ: فإن اختلفا في اللفظ، فادعى المرتهن أنه قال: هي عن الألف التي لا رهن بها، وقال الراهن: بل قلت: هي عن الألف التي بها الرهن، فالقول قول الراهن؛ لأنه منه ينتقل إلى المرتهن، فكان القول قوله في صفة النقل[١].

وإن اختلفا في النية فقال الراهن: نويت أنها عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن: بل نويتَ أنها عن الألف التي لا رهن بها، فالقول قول الراهن، لما ذكرناه في اللفظ، ولأنه أعرف بنيته[٢].

وإن دفع إليه الألف من غير لفظ، ولا نية، ففيه وجهان قال أبو إسحاق: يصرفه إلى ما شاء منهما[٣]، كما لو طلق إحدى المرأتين، وقال أبو علي ابن أبي هريرة: يجعل بينهما نصفين؛ لأنهما استويا في الوجوب فصرف القضاء إليهما.

فصل [الاختلاف في الإبراء]:

وإن أبرأ المرتهن الراهن عن الألف، ثم اختلفا، نظرتَ: فإن اختلفا في اللفظ، فادعى الراهن أنه قال: أبرأتك عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن: بل قلت أبرأتك من الألف التي لا رهن بها، فالقول قول المرتهن؛ لأنه هو الذي يبرىء، فكان القول في صفة الإبراء قوله.

فإن اختلفا في النية، فقال الراهن: نويت الإبراء عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن: نويتُ الإبراء عن الألف التي لا رهن بها، فالقول قول المرتهن، لما ذكرناه في اللفظ، ولأنه أعرف بنيته، فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما في قول أبي إسحاق، وجعل بينهما في قول أبي علي بن أبي هريرة[٤].

---

(١) القول قول الدافع. (الروضة ٤/ ١٢٣).

(٢) قال الأئمة: الاعتبار في أداء الدين بقصد المؤدي. (الروضة ٤/ ١٢٣).

(٣) الأصح أنه يراجع الدافع فيصرفه إليهما أو إلى من شاء منهما. (الروضة ٤/ ١٢٤).

(٤) الراجح قول أبي إسحاق، والقول قول المبرىء مع يمينه. (الروضة ٤/ ١٢٤).

فـصـل [ادعاء هلاك الرهن ورده]:

وإن ادعى المرتهن هلاك الرهن، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه أمين، فكان القول قوله في الهلاك، كالمودع.

وإن ادعى الرد لم يقبل قوله؛ لأنه قبض العين لمنفعة نفسه، فلم يقبل قوله في الرد، كالمستأجر.

فـصـل [بيع العدل للرهن]:

وإن كان الرهن على يد عدل، قد وكل بيعه، فاختلفا في النقد الذي يبيع به باعه بنقد البلد، فإن كان في البلد نقدان متساويان، باع بما هو أنفع للراهن؛ لأنه ينفع الراهن ولا يضر المرتهن، فوجب به البيع، فإن كانا في النفع واحداً، فإن كان أحدهما من جنس الدين، باع به؛ لأنه أقرب إلى المقصود وهو قضاء الدين، فإن لم يكن واحد منهما من جنس الدين، باع بأيهما شاء؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، ثم يصرف الثمن في جنس الدين.

بـــاب
التفليس[1]

إذا كان على رجل دين، فإن كان مؤجلاً لم يجز مطالبته، لأنا لو جوّزنا مطالبته سقطت فائدة التأجيل.

فإن أراد سفراً قبل محل الدين لم يكن للغريم منعه، ومن أصحابنا من قال: إن كان السفر مخوفاً كان له منعه؛ لأنه لا يأمن أن يموت فيضيع دينه[2]،

---

(١) الفِلس: مأخوذ من الفلوس، وهي أخس المال الذي يتبايع به، كأنه منع التصرف إلاّ في الشيء التافه، وأفلس الرجل صار مفلساً، كأن دراهمه صارت فلوساً، كما يقال: أخبث الرجل إذا صار أصحابه خبثاء، وأقطف إذا صارت دابته قطوفاً، ويجوز أن يراد به إذا صار إلى حال يقال: ليس معه فلس. (النظم ١/ ٣١٩).

(٢) سيمر ذلك مفصلاً في كتاب السير، باب الإذن للجهاد، وأن الأصح لا يمنعه من السفر قطعاً. (الروضة ٤/ ١٣٦).

والصحيح هو الأول لأنه لا حق له عليه قبل محل الدين، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل، كما يجوز في الحضر أن يهرب، ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب.

وإن قال: أقم لي كفيلاً[1] بالمال لم يلزمه؛ لأنه لم يحل عليه الدين، فلم يملك المطالبة بالكفيل، كما لو لم يرد السفر.

وإن كان الدين حالاً نظرتَ: فإن كان معسراً لم يجز مطالبته، لقوله تعالى: ﴿وإنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولا يملك ملازمته[2]؛ لأن كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل[3]، فإن كان يحسن صنعة، فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليكسب ما يعطيه، لم يجبر[4] على ذلك؛ لأنه إجبار على التكسب، فلم يجز كالإجبار على التجارة.

وإن كان موسراً جازت مطالبته، لقوله تعالى: ﴿وإنْ كانَ ذُو عُسْرَة فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠]، فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة لم يجب إنظاره، فإن لم يقضه ألزمه الحاكم، فإن امتنع فإن كان له مال ظاهر باعه عليه[5]، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ألا إن الأُسَيْفِع أُسَيْفِع جهينة رضي من دينه أن يقال: سبق الحاج فأدان معرضاً فأصبح وقد رين به[6]، فمن له دين فليحضر، فإنا بايعو

(١) الكفيل والضمين سواء. (النظم ١/ ٣٢٠).

(٢) لا يجوز حبسه ولا ملازمته، ويمهل إلى أن يوسر. (الروضة ٤/ ١٣٦).

(٣) انظر: الروضة ٤/ ١٣٦، ١٣٧.

(٤) أجبره على الشيء: قهره، وهو لا يريد، والجبار القهار، يقال في فعله: جَبَره وأجبره. (النظم ١/ ٣٢٠).

(٥) إذا امتنع المدين الموسر من الأداء أمره الحاكم به، فإن امتنع باعه، وقال الأصحاب: الحاكم بالخيار إن شاء باع ماله عليه بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه، وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه. (الروضة ٤/ ١٢٧).

(٦) أسيفع: تصغير أسفع، من السفعة، وهي سواد مشرب بالحمرة، تكون صفة وعلماً، وجهينة من بطون قضاعة بن مالك بن حمير، وقيل إنها منقولة من جهانة على الترخيم، =

ماله وقاسموه بين غرمائه[1].

وإن كان له مال كتمه حبسه وعزَّره حتى يظهره، فإن ادعى الإعسار نظرت، فإن لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم المال، فإن عرف له مال لم يقبل قوله، لأنه معسر إلاّ ببينه، لأن الأصل بقاء المال.

فإن قال: غريمي يعلم أني معسر، أو أن مالي هلك، فحلفوه، حلَف؛ لأن ما يدعيه محتمل[2]، فإن أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قُبِل فيه شهادة عدلين، فإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار لم يقبل إلاّ بشهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله[3] لأن الهلاك يدركه كل أحد، والإعسار لا يعلمه إلاّ من يخبر باطنه.

= يقال: جارية جهانة أي شابة، وأدان: افتعل من الدين، فاقترض: من القرض، معرضاً: من قولهم: طأ معرضاً، أي ضع رجلك حيث وقعت، ولا تبق شيئاً، ورين: أي غلب وتعب بشأنه، وقيل: أعرض عن كل من قال: لا تستدن، وكأنه يأخذ الدين ويشتري به النجائب السوابق بالأثمان الغالية، ويقال: ران على قلبه دينه يرين ريوناً. أي غلب، قال الله تعالى: ﴿كلا بل ران على قلوبهم﴾ [المطففين: ١٤]، قال الحسن: هو الذَنْب على الذَنْب حتى يسود القلب، وأصله الطبع والدنس، ويقال: رين بالرجل، إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه، ومعنى رضي من دينه أنه لم يقصد الحج، وإنما قصد المفاخرة، وأنه سبق الحاج، فيقبل قبلهم، لا للدين. (النظم ١/ ٣٢٠).

(١) أثر عمر رضي الله عنه رواه البيهقي (٦/ ٤٩)، ومالك (الموطأ ص ٤٨١ كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته)، ورواه الدارقطني وابن أبـي شيبة وعبد الرزاق. (المجموع ١٣/ ٢٧٠، التلخيص الحبير ٣/ ٤٠).
والغريم من الأضداد، يقال لمن عليه الدين، ولمن له الدين وأصله من الغرم، وهو أداء ما يطالب به، واجباً كان أو غير واجب، وسمي غريماً لإدامته التقاضي والحاجة، من قوله تعالى: ﴿إن عذابها كان غراماً﴾ [الفرقان: ٦٥]، يعني ملحاً دائماً، وفلان مغرم بالنساء: مداوم لهن. (النظم ١/ ٣٢٠).

(٢) للمدين تحليف الغرماء أنهم يعرفون إعساره، ويحلفون على نفي العلم، فإن نكلوا حلف وثبت إعساره. (الروضة ٤/١٣٨).

(٣) وهي شهادة أهل الخبرة والتحقيق، واستقصاء أوجه الدخل والخرج، لحديث قَبيصة بن مخارق عند «مسلم» وتكون الخبرة الباطنة بطول الجوار أو المخالطة. (المجموع ١٣/ ٢٧٤، الروضة ٤/١٣٨).

فإن أقام البينة على الإعسار، وادعى الغريم أن له مالاً باطناً، فطلب اليمين عليه، ففيه قولان، أحدهما: لا يحلف؛ لأنه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف، كما لو ادعى ملكاً وأقام عليه البينة، والثاني: يحلف؛ لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين، فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب، كما لو أقام عليه البينة بالدين، وادعى أنه أبرأه منه[1].

وإن وُجد في يده مال، فادعى أنه لغيره، نظرتَ: فإن كذبه المقر له بيع في الدين؛ لأن الظاهر أنه له، وإن صدقه سُلِّم إليه، فإن قال الغريم: أحلفوه لي أنه صادق في إقراره، ففيه وجهان، أحدهما: يحلف؛ لأنه يحتمل أن يكون كاذباً في إقراره، والثاني: لا يحلف، وهو الصحيح؛ لأن اليمين تعرض ليخاف، فيرجع عن الإقرار، ولو رجع عن الإقرار لم يقبل رجوعه، فلا معنى لعرض اليمين[2].

فصل [رفع الأمر للحاكم]:

وإن ركبته الديون[3]، ورفعه الغرماء إلى الحاكم، وسألوه أن يحجر عليه، نظر الحاكم في ماله، فإن كان له مال يفي بالديون لم يحجر عليه؛ لأنه لا حاجة به إلى الحجر، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه.

فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه، وباع ماله عليه، لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك، قال: «كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئاً، فلم يزل يُدان حتى أغرق ماله[4] في الدين، فكلم النبي ﷺ غرماءه، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ، فباع لهم

---

(١) وهذا هو القول الراجح، وأن الأظهر تجب عليه اليمين. (الروضة ٤/١٣٨).
(٢) وهذا هو الوجه الأصح أنه لا يحلف. (الروضة ٤/١٣٩).
(٣) ركبته الديون أي أثقلت ظهره وأتعبته، كما تتعب الدابة المركوبة. (النظم ١/ ٣٢٠).
(٤) أغرق ماله: أي أهلكه، كما يهلك الغريق في الماء. (النظم ١/ ٣٢٠).

رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء»[1].

وروى كعب بن مالك «أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ، وباع عليه ماله»[2].

وإن كان ماله يفي بالديون إلاّ أنه ظهرت عليه أمارة التفليس، بأن زاد خَرْجه على دخله، ففيه وجهان، أحدهما: لا يحجر عليه؛ لأنه مليء بالدين[3]، فلا يحجر عليه، كما لو لم يظهر فيه أمارة الفلس[4]، والثاني: يحجر عليه؛ لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله، فذهب، ودخل الضرر على الغرماء.

فصل [الإشهاد على الحجر]:

والمستحب أن يشهد على الحجر، ليعلم الناس حاله، فلا يعاملوه إلاّ على بصيرة[5]، فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله، ومنع من التصرف فيه، فإن اقترض، أو اشترى في ذمته شيئاً، صح؛ لأنه لا ضرر على الغرماء فيما يثبت في ذمته[6]، ومن باعه أو أقرضه بعد الحجر، لم يشارك الغرماء في ماله؛ لأنه إن علم

(١) حديث عبد الرحمن بن كعب رواه الحاكم. (المستدرك ٣/ ٢٧٣)، والبيهقي (٦/ ٤٨).

(٢) حديث كعب بن مالك رواه البيهقي (٦/ ٤٨)، ورواه أبو داود في «المراسيل»، وعبد الرزاق (المجموع ١٣/ ٢٧٨). قال عبد الحق: المرسل أصح من المتصل، وقال ابن الطلاع: هو حديث ثابت. (التلخيص الحبير ٣/ ٣٧).
وفي الباب عن أبي سعيد: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال: تصدقوا عليه، فلم يبلغ وفاء دينه، فقال: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلاّ ذلك». أخرجه مسلم (١٠/ ٢١٨ كتاب البيوع، باب استحباب الوضع من الدين) وغيره.

(٣) قوله: «مليء بالدين» هو الموسع عليه بالدين، يقال: أمليت البعير إذا وسعت له في قيده. (النظم ١/ ٣٢١).

(٤) وهذا هو الوجه الراجح، فلا يحجر عليه في الأصح. (الروضة ٤/ ١٢٩).

(٥) انظر: الروضة ٤/ ١٣٠، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٤٨.

(٦) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٤٧.

بالحجر، فقد دخل على بصيرة، وإن ديون الغرماء متعلقة بماله، وإن لم يعلم فقد فرط حين دخل في معاملته على غير بصيرة، فلزمه الصبر إلى أن يفك عنه الحجر.

فإن تصرف في المال بالبيع والهبة، والعتق، ففيه قولان: أحدهما أنه صحيح موقوف؛ لأنه حجر ثبت لحق الغرماء، فلم يمنع صحة التصرف في المال، كالحجر على المريض، والثاني لا يصح، وهو الصحيح؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم، فمنع من التصرف في المال[1] كالحجر على السفيه، ويخالف حجر المريض؛ لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلاّ بعد الموت، وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال، فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون.

فإن قلنا: يصح تصرفه، وقف[2]، فإن وفّى ماله بالدين نفذ تصرفه، وإن لم يف فسخ؛ لأنا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال، أو يفتح عليه بما يقتضي به الدين، فإذا عجز فسخ، كما نقول في هبة المريض، قال أصحابنا: وعلى هذا ينقض من تصرفه الأضعف فالأضعف، فأضعفها الهبة؛ لأنه لا عوض فيه، ثم البيع؛ لأنه يلحقه الفسخ، ثم العتق؛ لأنه أقوى التصرفات، ويحتمل عندي أنه يفسخ الآخر فالآخر، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث[3].

فصل [اختيار الأحظ]:

قال الشافعي رحمه الله: ولو باع بشرط الخيار، ثم أفلس، فله إجازة البيع ورده، فمن أصحابنا من حمل هذا على ظاهره، وقال: له أن يفعل ما يشاء؛ لأن الحجر إنما يؤثر في عقد مستأنف، وهذا عقد سبق الحجر، فلم يؤثر الحجر

(١) وهذا هو القول الراجح، وأنه لا يصح التصرف في الأظهر لتعلق حق الغرماء بالأعيان كالرهن. (الروضة ٤/ ١٣٠، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٤٨).
(٢) وقف تصرفه أي حبس. (النظم ١/ ٣٢١).
(٣) قال النووي: «نقضنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف». (الروضة ٤/ ١٣١).

فيه[1]، وقال أبو إسحاق: إن كان الحظ في الرد لم يَجُزْ، وإن كان في الإجازة لم يرد؛ لأن الحجر يقتضي طلب الحظ، فإذا طرأ[2] في بيع الخيار، أوجب طلب الحظ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جُنَّ، فإن الولي لا يفعل إلاَّ ما فيه الحظ من الرد والإجازة، ومن أصحابنا من قال: إن قلنا: إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يجب الرد، وإن كان الحظ في الرد؛ لأن الملك قد انتقل فلا يكلف رده، وحمل قول الشافعي رحمه الله على هذا القول، وإن قلنا: إن المبيع لم ينتقل أو موقوف لزمه الرد إن كان الحظ في الرد: لأن المبيع على ملكه، فلا يفعل إلاَّ ما فيه الحظ.

فصل [هبة المفلس]:

وإن وهب هبة تقتضي الثواب، وقلنا: إن الثواب مقدر بما يرضى به الواهب، ثم أفلس، فله أن يرضى بما شاء؛ لأنا لو ألزمناه أن يطلب الفضل لألزمناه أن يكتسب، والمفلس لا يكلف الاكتساب.

فصل [الإقرار بدين]:

وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر لزم الإقرار في حقه، وهل يلزم في حق الغرماء؟ فيه قولان، أحدهما: لا يلزم؛ لأنه متهم؛ لأنه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به، ويرد عليه، والثاني: أنه يلزمه، وهو الصحيح؛ لأنه حق يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر، فلزم في حق الغرماء، كما لو ثبت بالبينة[3].

وإن ادعى عليه رجل مالاً وأنكر، ولم يحلف، وحلف المدعي، فإن قلنا:

---

(1) هذا أصح الطرق الثلاث، فيؤخذ بظاهره ويجوز الفسخ والإجازة على وفق الغبطة، وكذا له أن يرد بالعيب ما كان اشتراه إن كانت الغبطة في الرد. (المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ١٤٩).

(2) طرأ: مهموز أي حدث، وأصله الطرىء ضد العتيق. (النظم ١/ ٣٢١).

(3) وهذا هو القول الأصح، ويقبل في حق الغرماء في الأظهر. (الروضة ٤/ ١٣٢، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ١٤٨).

إن يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالبينة، شارك الغرماء في المال[1]، وإن قلنا: كالإقرار فعلى القولين في الإقرار.

وإن أقر لرجل بعين لزمه الإقرار في حقه، وهل يلزم في حق الغرماء؟ فيه قولان، أحدهما: لا يلزم، والثاني: يلزم وتسلم العين إلى المقر له[2]، ووجه القولين ما ذكرناه في الإقرار بالدين.

فصل [جناية المفلس]:

وإن جني على رجل جناية توجب المال، وجب قضاء الأرش من المال؛ لأنه حق لزمه بغير رضى من له الحق، فوجب قضاؤه من المال، وإن جنى عليه جناية توجب المال، تعلق الغرماء بالأرش، كما يتعلق بسائر أمواله.

فصل [ادعاء المفلس مالاً على غيره]:

وإن ادعى على رجل مالاً وله شاهد، فإن حلف استحق، وتعلق به حق الغرماء، وإن لم يحلف فهل تحلف الغرماء أم لا؟ قال في «التفليس»: لا يحلفون، وقال في «غرماء الميت»: إذا لم يحلف الوارث مع الشاهد، ففيه قولان، أحدهما: يحلفون، والثاني: لا يحلفون[3]، فمن أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت إلى غرماء المفلس، فجعل فيهما قولين، أحدهما: يحلفون؛ لأن المال إذا ثبت استحقوه، والثاني: لا يحلفون، لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم، وذلك لا يجوز، ومن أصحابنا من قال: لا تحلف غرماء المفلس، وفي غرماء الميت قولان؛ لأن الميت لم يمتنع من اليمين، فحلف غرماؤه، والمفلس امتنع من اليمين، فلم تحلف غرماؤه، ولأن غرماء الميت أيسوا من يمين الميت، فحلفوا،

---

(١) وهذا هو الراجح أن اليمين مع النكول كالبينة، وسبق.

(٢) وهذا هو القول الراجح، ويلزم الإقرار في حق الغرماء كالدين، لكن هنا يسلم العين، وفي الإقرار بالدين يزاحم الغرماء. (الروضة ٤/ ١٣٢).

(٣) هذا هو القول الراجح، ولا ترد اليمين على الغرماء على الجديد. (الروضة ٤/ ١٣٥).

وغرماء المفلس لم ييأسوا من يمين المفلس، فلم يحلفوا[1].

وإن حجر عليه، وعليه دين مؤجل، فهل يحل؟ فيه قولان، أحدهما: يحل؛ لأن الدين تعلق بالمال، فحل الدين المؤجل، كما لو مات، والثاني: لا يحل، وهو الصحيح؛ لأنه يملك التصرف في الذمة، فلم يحل عليه الدين كما لو لم يحجر عليه[2].

فصل [نفقة المفلس]:

وإن لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه، ويرجع إلى الكسب، لقوله ﷺ: «ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول»[3]، فقدم حق نفسه على حق العيال، وهو دين، فدل على أنه يقدم على كل دين، ويكون الطعام على ما جرت به عادته، ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة من غير إسراف، ولا إجحاف[4]؛ لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى القوت.

فإن كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب، ترك لهم ما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة بالمعروف؛ لأنهم يجرون مجراه في النفقة والكسوة[5].

---

(١) الراجح أن الغرماء لا يحلفون على المذهب سواء في غرماء الميت أم في غرماء المفلس. (الروضة ٤/ ١٣٥).

(٢) القول الثاني هو الراجح، ولا يحل الدين المؤجل على المشهور، لأن الأجل حق مقصود له فلا يفوت، وقال النووي: «لم يحل المؤجل في الأظهر». (المنهاج ٤/ ١٤٧)، وانظر: الروضة ٤/ ١٢٨، والمجموع ١٣/ ٢٨٩.

(٣) هذا الحديث رواه الطبراني عن حكيم بن حزام رضي الله عنه. (المجموع ١٣/ ٢٩٠)، ورواه البيهقي بلفظ آخر (٤/ ١٧٨).
والشطر الثاني «وابدأ بمن تعول» ورد في الصحاح، رواه مسلم (٧/ ١٢٥ كتاب الزكاة، باب اليد العليا خير من اليد السفلى)، وأبو داود (١/ ٣٩٠ كتاب الزكاة، باب الرجل يخرج من ماله)، وأحمد (٢/ ٩٤).

(٤) أجحف به أي ذهب، ويقال: سيل جحاف إذا أخذ كل شيء وذهب به. (النظم ١/ ٣٢٢).

(٥) انظر: الروضة ٤/ ١٤٥.

ولا تترك له دار، ولا خادم؛ لأنه يمكنه أن يكتري داراً يسكنها، وخادماً يخدمه[1].

وإن كان له كسب جعلت نفقته في كسبه؛ لأنه لا فائدة في إخراج ماله في نفقته، وهو يكتسب ما ينفق[2].

فصل [بيع مال المفلس]:

وإذا أراد الحاكم بيع ماله، فالمستحب أن يحضره؛ لأنه أعرف بثمن ماله[3]، فإن لم يكن من يتطوع بالنداء، استؤجر من ينادي عليه من سهم المصالح؛ لأن ذلك من المصالح، فهو كأجرة الكيال، والوزان في الأسواق، فإن لم يكن سهم المصالح اكترى من مال المفلس، لأنه يحتاج إليه لإيفاء ما عليه، فكان عليه، ويقدم على سائر الديون؛ لأن في ذلك مصلحة له.

ويباع كل شيء في سوقه؛ لأن أهل السوق أعرف بقيمة المتاع، ومن يطلب السلعة في السوق أكثر[4].

ويبدأ بما يسرع إليه الفساد؛ لأنه إذا أُخر ذلك هلك، وفي ذلك إضرار[5]، وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»[6]، ثم بالحيوان؛ لأنه يحتاج إلى علف، ويخاف عليه التلف، ويتأنى بالعقار؛ لأنه إذا تأنى به كثر من يطلبه، ولا يتأنى به أكثر من ثلاثة أيام؛ لأن فيما زاد إضراراً بالغرماء في تأخير حقهم.

---

(١) انظر: الروضة ٤/ ١٤٥.

(٢) قال النووي: «وليس على المفلس أن يكتسب ويؤاجر نفسه ليصرف الكسب والأجرة في الديون أو بقيتها». (الروضة ٤/ ١٤٦)، ولكن الأصح أن يتم إيجار ضيعته وأملاكه. (الروضة ٤/ ١٤٦، ١٤٧).

(٣) انظر: الروضة ٤/ ١٤١، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ١٥٠.

(٤) انظر: المجموع ١٣/ ١٩٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٥١، الروضة ٤/ ١٤١.

(٥) انظر: الروضة ٤/ ١٤١، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ١٥٠.

(٦) هذا الحديث سبق بيانه ٢١٦ هـ ٢، ٢٢٠ هـ ١.

فإن كان في المال رهن أو عبد تعلق الأرش برقبته بيع في حق المرتهن والمجني عليه؛ لأن حقهما يختص بالعين، فقدّم.

وإن بيع له متاع، وقبض ثمنه، فهلك الثمن، واستحق المبيع، رجع المشتري بالعهدة في مال المفلس، وهل يقدم على سائر الغرماء؟ روى المزني أنه يقدم، وروى الربيع: أنه أسوة الغرماء(١)، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: يقدم؛ لأن في تقديمه مصلحة، فإنه متى لم يقدم تجنب الناس شراء ماله خوفاً من الاستحقاق، فإذا قدم رغبوا في شراء ماله، والثاني: أنه أسوة الغرماء؛ لأن هذا دين تعلق بذمته بغير رضى من له الحق، فضرب به مع الغرماء، كأرش الجناية(٢)، ومنهم من قال: إن لم يفك الحجر عنه قُدّم؛ لأن فيه مصلحة له، وإن فك الحجر عنه كان كسائر الغرماء، وحمل رواية الربيع على هذا.

فصل [حق البائع في المبيع المعين]:

وإن كان في الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس، ولم يأخذ من ثمنه شيئاً، ووجد عين ماله على صفته، ولم يتعلق به حق غيره، فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ البيع، ويرجع في عين ماله، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من باع سلعة، ثم أفلس صاحبها، فوجدها بعينها، فهو أحق بها من الغرماء»(٣).

وهل يفتقر الفسخ إلى إذن الحاكم؟ فيه وجهان، قال أبو إسحاق: لا يفسخ إلَّا بإذن الحاكم؛ لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم، كفسخ النكاح بالإعسار

---

(١) الأسوة: القدوة، أي يقتدي بهم، فيكون مثلهم. (النظم ١/ ٣٢٢).

(٢) هذا هو القول الراجح، ويكون حق المستحق كدين ظهر، وله أسوة الغرماء. (الروضة ٤/ ١٤٤).

(٣) حديث أبي هريرة رواه البخاري (٢/ ٨٤٦ كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع)، ومسلم (١٠/ ٢٢١ كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري).

بالنفقة، وقال أبو القاسم الداركي: لا يفتقر إلى الحاكم؛ لأنه فسخ ثبت بنص السنة، فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد[١].

فإن حكم حاكم بالمنع من الفسخ، فقد قال أبو سعيد الإصطخري: ينقض حكمه؛ لأنه حكم مخالف لنص السنة، ويحتمل ألا ينقض؛ لأنه مختلف فيه، فلم ينقض[٢]، وهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخي؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه على التراخي؛ لأنه خيار لا يسقط إلى بدل، فكان على التراخي كخيار الرجوع في الهبة، والثاني: أنه على الفور، لأنه خيار ثبت لنقص في العوض، فكان على الفور، كخيار الرد بالعيب[٣]، وهل يصح الفسخ بالوطء في الجارية؟ فيه وجهان، أحدهما: يصح كما يصح الفسخ بالوطء في خيار الشرط، والثاني: أنه لا يصح؛ لأنه ملك مستقر فلا يجوز رفعه بالوطء[٤].

وإن قال الغرماء: نحن نعطيك الثمن، ولا نفسخ، لم يسقط حقه من الفسخ؛ لأنه ثبت له حق الفسخ، فلم يسقط ببدل العوض، كالمشتري إذا وجد بالسلعة عيباً وبذل له البائع الأرش.

فصل [بيع للمفلس بعد الإفلاس]:

وإن كان قد باعه بعد الإفلاس ففيه وجهان، أحدهما: أن له أن يفسخ؛ لأنه باعه قبل وقت الفسخ، فلم يسقط حقه من الفسخ، كما لو تزوّجت امرأة بفقير ثم

---

(١) وهذا هو الوجه الراجح، وأن الفسخ لا يفتقر إلى إذن الحاكم في الأصح. (الروضة ٤/١٤٨).

(٢) قال النووي: «قلت: الأصح أن لا ينتقص للاختلاف فيه». (الروضة ٤/١٤٨).

(٣) هذا هو الوجه الراجح، ويكون الخيار على الفور على الأصح. (الروضة ٤/١٤٧، المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٥٨).

(٤) هذا هو الوجه الأصح، فلا يحصل الفسخ ببيع البائع وإعتاقه ووطئه المبيعة على الأصح، وتلغو هذه التصرفات. (الروضة ٤/١٤٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٥٨).

أعسر بالنفقة[1]، والثاني: أنه ليس له أن يفسخ؛ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته، فسقط خياره، كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها.

فصل [قبض بعض الثمن]:

وإن وجد المبيع، وقد قبض من الثمن بعضه، رجع بحصة ما بقي من الثمن؛ لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن، رجع في بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن.

وإن كان المبيع عبدين متساويي القيمة، وباعهما بمائة، وقبض من الثمن خمسين، ثم مات أحد العبدين، وأفلس المشتري، فالمنصوص في «التفليس» أنه يأخذ الباقي بما بقي من الثمن، ونص في «الصداق»: إذا أصدقها عبدين فتلف أحدهما ثم طلقها قبل الدخول على قولين، أحدهما: أنه يأخذ الموجود بنصف الصداق، مثل قوله في «التفليس»، والثاني: أنه يأخذ نصف الموجود، ونصف قيمة التالف، فمن أصحابنا من نقل هذا القول إلى البيع، وقال فيه قولان، أحدهما: أنه يأخذ نصف الموجود، ويضرب مع الغرماء بنصف ثمن التالف، وهو اختيار المزني رحمه الله؛ لأن البائع قبض الخمسين من ثمنهما، وما قبض من ثمنه لا يرجع به، والثاني: أنه يأخذ الموجود بما بقي؛ لأن ما أخذ جميعه لدفع الضرر إذا كان باقياً أخذ الباقي إذا هلك بعضه كالشقص في الشفعة، ومن أصحابنا من قال: يأخذ البائع الموجود بما بقي من الثمن قولاً واحداً[2]، وفي الصداق قولان، والفرق بينهما أن البائع إذا رجع بنصف الموجود ونصف بدل التالف لم يصل إلى كمال حقه؛ لأن غريمه مفلس، والزوج إذا رجع بنصف الموجود ونصف قيمة

---

(١) وهذا هو الراجح، فله الفسخ، لأن النووي أثبت له حق الفسخ مطلقاً سواء كان البيع قبل الإفلاس أو بعده. (الروضة ٤/ ١٤٧، ١٥٤).

(٢) هذا هو الراجح فيرجع في جميع العبد الباقي بما بقي من الثمن، ويجعل ما قبض في مقابلة التالف، وهذا هو المذهب. (الروضة ٤/ ١٥٧، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٦١).

التالف، وصل إلى جميع حقه؛ لأن الزوجة موسرة، فلم يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر.

فصل [وجد عين ماله]:

وإن وجد البائع عين ماله، وهو رهن، لم يرجع به[1]؛ لأن حق المرتهن سابق لحقه، فلم يملك إسقاطه بحقه، فإن أمكن أن يقضي حق المرتهن ببيع بعضه، بيع منه بقدر حقه، ويرجع البائع بالباقي؛ لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال.

فصل [ثبوت الشفعة في المبيع]:

وإن كان المبيع شقصاً[2] تثبت فيه الشفعة، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أن الشفيع أحق؛ لأن حقه سابق، فإنه يثبت بالعقد، وحق البائع ثبت بالحجر، فقدم حق الشفيع، والثاني: أن البائع أحق؛ لأنه إذا أخذ الشفيع الشقص زال الضرر عنه وحده، وإذا أخذه البائع زال الضرر عنهما؛ لأن البائع يرجع إلى عين ماله، والشفيع يتخلص من ضرر المشتري فيزول الضرر عنهما، والثالث: أنه يدفع الشقص، إلى الشفيع، ويؤخذ منه ثمنه، ويدفع إلى البائع؛ لأن في ذلك جمعاً بين الحقين، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما[3].

فصل [المبيع صيد للمحرم]:

وإن كان المبيع صيداً، والبائع مُحْرِم، لم يرجع فيه؛ لأنه تمليك صيد، فلم

---

(١) لا يرجع البائع بالمبيع، لأن المشتري قد عقد على ما اشتراه عقداً منع نفسه من التصرف فيه. (المجموع ١٣/ ٣٠٥).

(٢) الشقص: الطائفة من الشيء، والجمع أشقاص، كحمل وأحمال، ومنه المشقص وهو السهم الذي فيه نصل عريض. (المجموع ١٣/ ٣١٦).

(٣) الوجه الأول هو الأصح، ويثبت الحق للشفيع لسبق حقه. (الروضة ٤/ ١٥٥).

يجز مع الإحرام كشراء الصيد[1].

فـصـل [العين موجودة والدين مؤجل]:

وإن وجد عين ماله، ودينه مؤجل، وقلنا: إن الدين المؤجل لا يحل[2] وديون الغرماء حالّة، فالمنصوص أنه يباع المبيع في الديون الحالّة؛ لأنها حقوق حالّة فقدمت على الدين المؤجل، ومن أصحابنا من قال: لا يباع؛ بل يوقف إلى أن يحل، فيختار البائع الفسخ، أو الترك، وإليه أشار في «الإملاء»؛ لأن بالحجر تتعلق الديون بماله، فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل، فلا يباع في الديون الحالة[3].

فـصـل [وجود المبيع نفسه]:

وإن وجد المبيع، وقد باعه المشتري ورجع إليه، ففيه وجهان، أحدهما: أن له أن يرجع فيه؛ لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره، فأشبه إذا لم يبعه، والثاني: لا يرجع؛ لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه[4].

فـصـل [وجود المبيع ناقصاً]:

وإن وجد المبيع ناقصاً، نظرتَ: فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن، كعبدين تلف أحدهما، أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها، فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ البيع فيما بقي بحصته من الثمن، ويضرب مع

(١) انظر: الروضة ٤/ ١٥٥.

(٢) قال النووي: «إذا حجر عليه بالفلس لا يحل ما عليه من الدين المؤجل على المشهور». (الروضة ٤/ ١٢٨).

(٣) القول الأول هو الأصح، ويدخل المبيع (بدين مؤجل) في البيع كسائر أمواله، وليس لبائعه تعلق به. (الروضة ٤/ ١٢٩).

(٤) وهذا الوجه الثاني هو الراجح، لأنه يشترط بقاء العين في ملك المفلس، فإن خرج عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف فهو كالهلاك. (الروضة ٤/ ١٥٥).

الغرماء بثمن ما تلف[1]؛ لأن البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن، كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن، ثم المشتري إذا وجد أحد العينين في يد البائع، والآخر هالكاً، كان بالخيار بين أن يترك الباقي، ويطالب بجميع الثمن، وبين أن يأخذ الموجود بثمنه، ويطالب بثمن التالف، فكذلك البائع.

وإن كان المبيع نخلاً مع ثمرة مؤبرة، فهلكت الثمرة، قُوِّم النخل مع الثمرة، ثم يُقوّم بلا ثمرة، ويرجع بما بينهما من الثمن، وتعتبر القيمة أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض.

فإن كانت قيمته وقت العقد أقل قُوِّم وقت العقد؛ لأن الزيادة حدثت في ملك المشتري، فلا تقوَّم عليه، وإن كانت في وقت القبض أقل قُوِّم في وقت القبض؛ لأن ما نقص لم يقبضه المشتري، فلم يضمنه.

فإن كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن، كذهاب يد، وتأليف دار، نظرتَ: فإن لم يجب لها أرش، بأن أتلفها المشتري، أو ذهبت بآفة سماوية، فالبائع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن وبين أن يتركه، ويضرب بالثمن مع الغرماء، كما تقول فيمن اشترى عبداً فذهبت يده، أو داراً فذهب تأليفها في يد البائع، فإن المشتري بالخيار بين أن يأخذه بالثمن، وبين أن يتركه ويرجع بالثمن.

فإن وجب لها أرش، بأن أتلفها أجنبي، فالبائع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يأخذ ويضرب بما نقص من الثمن؛ لأن الأرش في مقابلة جزء كان البائع يستحقه، فاستحق ما يقابله، كما نقول فيمن اشترى عبداً فقطع الأجنبي يده، أنه بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن، وبين أن يأخذه ويطالب الجاني بالأرش غير أن المشتري يرجع على الجاني بقيمة اليد؛ لأنها تلفت في ملكه، فوجب له البدل، والبائع يرجع بحصة اليد من الثمن؛ لأنها تلفت في ملك المفلس، فوجب الأرش له فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن؛ لأن المبيع مضمون على المفلس بالثمن.

---

(١) انظر: الروضة ٤/١٥٧.

فإن كان المبيع نخلاً عليه طلع غير مؤبر، فهلكت الثمرة، ثم أفلس بالثمن، فرجع البائع في النخل، ففيه وجهان، أحدهما: يأخذها بجميع الثمن؛ لأن الثمرة تابعة للأصل في البيع، فلم يقابلها قسط من الثمن[1]، والثاني: يأخذها بقسطها من الثمن، ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء؛ لأن الثمرة يجوز إفرادها بالبيع، فصارت مع النخل بمنزلة العينين.

فصل [وجود المبيع زائداً]:

وإن وجد المبيع زائداً، نظرتَ فإن كانت زيادة غير متميزة كالسِّمَن والكبر، واختار البائع الفسخ، رجع في المبيع مع الزيادة؛ لأنها زيادة لا تتميز فتبعت الأصل في الرد[2]، كما قلنا في الرد بالعيب، وإن كان المبيع حباً فصار زرعاً، أو زرعاً فصار حباً أو بيضاً فصار فرخاً، ففيه وجهان، أحدهما: لا يرجع به؛ لأن الفرخ غير البيض، والزرع غير الحب، والثاني: يرجع، وهو المنصوص؛ لأن الفرخ والزرع عين المبيع، وإنما تغيرت صفته، فهو كالوَدِيِّ[3]، إذا صار نخلاً، والجدي إذا صار شاة[4].

وإن كانت الزيادة متميزة، نظرتَ: فإن كانت ظاهرة، كالطلع المؤبر، وما أشبهه من الثمار، رجع فيه دون الزيادة؛ لأنه نماء ظاهر متميز حدث في ملك المشتري، فلم يتبع الأصل في الرد، كما قلنا في الرد بالعيب.

فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعها قطع، وإن اتفقوا على تركها إلى الجداد تُرِك؛ لأنه ملك أحدهما وحق الآخر.

---

(١) لعل هذا الوجه الأول هو الراجح، فيأخذ البائع النخل بجميع الثمن، لأن المبيع كان غير مؤبر، والله أعلم.

(٢) انظر: الروضة ٤/ ١٥٩.

(٣) الوَدِي من النخل: الصغار، الواحدة ودية. (النظم ١/ ٣٢٤، المجموع ١٣/ ٣١٢).

(٤) وهذا هو الأصح، فإنه يرجع فيه، لأنه حدث من عين ماله، أو هو عين ماله اكتسب صفة أخرى. (الروضة ٤/ ١٦٠).

وإن دعا أحدهما إلى قطعها، والآخر إلى تركها، وجب القطع؛ لأن من دعا إلى القطع، تعجل حقه، فلا يؤخر بغير رضاه.

وإن كانت الزيادة غير ظاهرة، كطلع غير مؤبر، وما أشبهه من الثمار، ففيه قولان، روى الربيع: أنه يرجع في النخل دون الطلع؛ لأن الثمرة ليست عين ماله فلم يرجع بها، وروى المزني: أنه يرجع؛ لأنه يتبع الأصل في البيع، فتبعه في الفسخ، كالسِّمن والكبر.

فإذا قلنا بهذا، فأفلس وهو غير مؤبر، فلم يرجع حتى أُبر، لم يرجع في الثمرة، لأنها أبّرت وهي في ملك المفلس.

فإن اختلف البائع والمفلس، فقال البائع: رجعت فيه قبل التأبير، فالثمرة لي، وقال المفلس: رجعت بعد التأبير، فالثمرة لي، فالقول قول المفلس؛ لأن الأصل بقاء الثمرة على ملكه[1].

فإن لم يحلف المفلس، فهل يحلف الغرماء؟ فيه قولان، وقد مضى دليلهما، فإن كذبوه فحلف واستحق، وأراد أن يفرقه على الغرماء، ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يلزمهم قبوله؛ لأنهم أقروا أنه أخذ بغير حق، والثاني: يلزمهم قبوله، أو الإبراء من الدين، وعليه نص في «المكاتب» إذا حمل إلى المولى نجماً، فقال المولى: هو حرام، أنه يلزمه أن يأخذه، أو يبرئه منه.

فإن صدقه بعضهم، وكذبه البعض، فقد قال الشافعي رحمه الله: يفرق ذلك فيمن صدّقه دون من كذبه، فمن أصحابنا من قال: لا يجوز أن يفرقه إلاَّ على من صدقه؛ لأنه لا حاجة به إلى دفع ذلك إلى من يكذبه، وقال أبو إسحاق: إذا اختار المفلس أن يفرق على الجميع جاز، كما يجوز إذا كذبوه، وحمل قول الشافعي رحمه الله إذا اختار أن يفرق فيمن صدّقه.

---

(١) وهذا هو القول الراجح، وأن القول قول المفلس مع يمينه على المذهب، لأن الأصل عدم الرجوع. (الروضة ٤/ ١٦٢).

وإن قال البائع: رجعت قبل التأبير، فالثمرة لي، فصدقه المفلس، وكذبه الغرماء، ففيه قولان، أحدهما: يقبل قول المفلس، ؛ لأنه غير متهم، والثاني: لا يقبل؛ لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يقبل إقراره فيه.

فإذا قلنا بهذا، فهل يحلف الغرماء؟ فيه طريقان، من أصحابنا من قال: هي على القولين، كما قلنا في القسم قبله، ومنهم من قال: يحلفون قولاً واحداً؛ لأن اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداء، وفي القسم قبله توجهت اليمين على المفلس، فلما نكل نقلت إليه.

فـصـل [المبيع جارية فحبلت]:

وإن كان المبيع جارية، فحبلت في ملك المشتري، نظرتَ: فإن أفلس بعد الوضع رجع في الجارية دون الولد، كما قلنا في الرد بالعيب، ولا يجوز التفريق بين الأم والولد، فإما أن يزن[1] البائع قيمة الولد فيأخذه مع الأم، أو تباع الأم والولد، فيأخذ البائع ثمن الأم ويأخذ المفلس ثمن الولد[2].

ومن أصحابنا من قال: إما أن يزن قيمة الولد فيأخذه مع الأم، وإما أن يسقط حقه من الرجوع، والمذهب الأول؛ لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره، فثبت له الرجوع.

وإن أفلس قبل الوضع، فإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع فيهما؛ لأنه كالسِّمَن، وإن قلنا: إن الحمل له حكم، رجع في الأم دون الحمل؛ لأنه كالحمل المنفصل.

فإن باعها وهي حبلى، ثم أفلس المشتري، نظرتَ: فإن أفلس قبل الوضع رجع فيهما، وإن أفلس بعد الوضع، فإن قلنا: للحمل حكم رجع فيهما؛ لأنهما

(١) في المطبوعة: يرن، وهو تصحيف ولعله من وَزِن بمعنى واجه وقابل.

(٢) وهذا هو القول الأصح. (الروضة ٤/ ١٥٩).

كعينين باعهما، وإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع في الأم دون الحمل؛ لأنه نماء تميز من ملك المشتري، فلم يرجع فيه البائع، ولا يفرق بين الأم والولد، على ما ذكرناه.

فصل [المبيع طعام فطحنه]:

وإن كان المبيع طعاماً فطحنه المشتري، أو ثوباً فقصره، ثم أفلس، نظرتَ: فإن لم تزد قيمته بذلك، واختار البائع الرجوع، رجع فيه، ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر عمله؛ لأن عمله قد استهلك، ولم يظهر له أثر، وإن زادت قيمته، بأن كانت قيمته عشرة، فصارت قيمته خمسة عشر، ففيه قولان، أحدهما: أن البائع يرجع فيه، ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر ما عمل فيه، وهو قول المزني؛ لأنه لم يضف إلى المبيع عيناً، وإنما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة، وفي القصارة أظهر بياضاً كان كامناً في الثوب فلم يصر شريكاً للبائع في العين، كما لو كان المبيع جوزاً فكسره؛ ولأنه زيادة لا تتميز فلم يتعلق بها حق المفلس، كما لو كان المبيع غلاماً فعلّمه، أو حيواناً فسمّنه، والثاني: أن المشتري يكون شريكاً للبائع بقدر ما زاد بالعمل، ويكون حكم العمل حكم العين، وهو الصحيح، لأنها زيادة حصلت بفعله، فصار بها شريكاً، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه، ولأن القصار يملك حبس العين لقبض الأجرة، كما يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن؛ فدل على أن العمل كالعين بخلاف كسر الجوز، وتعليم الغلام، وتسمين الحيوان، فإن الأجير في هذه الأشياء لا يملك حبس العين لقبض الأجرة، فعلى هذا يباع الثوب فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماء، والثلثان إلى البائع.

وإن كان قد استأجر المشتري من قصر الثوب، وطحن الطعام، ولم يدفع إليه الأجرة، دفع الأجرة إلى الأجير، من ثمن الثوب؛ لأن الزيادة حصلت بفعله، فقضى حقه من بدله.

فصل [المبيع ثوب فصبغه]:

وإن اشترى من رجل ثوباً بعشرة، ومن آخر صبغاً بخمسة، فصبغ به الثوب، ثم أفلس نظرتَ، فإن لم تزد ولم تنقص بأن صار قيمة الثوب خمسة عشر، فقد وجد كل واحد من البائعين عين ماله، فإن اختار الرجوع صارالثوب بينهما: لصاحب الثوب الثلثان، ولصاحب الصبغ الثلث[1].

وإن نقص فصار قيمة الثوب اثني عشر، فقد وجد بائع الثوب عين ماله، ووجد بائع الصبغ بعض ماله؛ لأن النقص دخل عليه بهلاك بعضه. فإن اختار الرجوع كان لبائع الثوب عشرة، ولبائع الصبغ درهمان، ويضرب بما هلك من ماله، وهو ثلاثة مع الغرماء.

وإن زاد فصار يساوي الثوب عشرين درهماً بنينا على القولين في أن زيادة القيمة بالعمل كالعين أم لا، فإن قلنا: إنها ليست كالعين حصلت الزيادة في مالهما فيقسط بينهما على الثلث والثلثين، لصاحب الثوب الثلثان، ولصاحب الصبغ الثلث، وإن قلنا: إنها كالعين كانت الزيادة للمفلس، فيكون شريكاً للبائعين بالربع[2].

فصل [المبيع أرض فبناها]:

وإن كان المبيع أرضاً فبناها، أو غرسها، فإن اتفق[3] المفلس والغرماء على قلع البناء والغراس ثبت للبائع الرجوع في الأرض؛ لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره فجاز له الرجوع، فإن رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس، لزم المفلس تسوية الأرض وأرش نقص إن حدث بها من القلع؛ لأنه نقص حصل لتخليص

---

(١) وهذا كما لو اشترى الأرض من رجل، والغراس من آخر، وغرسه فيها ثم أفلس. (الروضة ٤/ ١٦٨، ١٧٢).

(٢) الأصح أن الصنعة اتصلت بالثوب والصبغة، فوزعت عليهما. (الروضة ٤/ ١٧٢).

(٣) في المطبوعة: أنفق، وكذا في «المجموع» (١٣/ ٣٢٤)، وانظر: الروضة ٤/ ١٦٧.

ماله، ويقدم ذلك على سائر الديون؛ لأنه يجب لإصلاح ماله فقدم[1]، كعلف البهائم وأجرة النقال.

وإن امتنعوا من القلع لم يجبروا، لقوله ﷺ: «ليس لعرقٍ ظالمٍ حق»[2]، وهذا غرس وبناء بحق[3].

فإن قال البائع أنا أعطي قيمة الغراس والبناء وآخذه مع الأرض، أو أقلع وأضمن أرش النقص، ثبت له الرجوع؛ لأنه يرجع في عين ماله من غير إضرار، وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع، وامتنع البائع من بذل العوض، وأرش النقص، فقد روى المزني فيه قولين، أحدهما: أنه يرجع، والثاني: أنه لا يرجع؛ فمن أصحابنا من قال: إن كانت قيمة الغراس والبناء أقل من قيمة الأرض فله أن يرجع؛ لأن الغراس والبناء تابع فلم يمنع الرجوع، وإن كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض، لم يرجع؛ لأن الأرض صارت كالتبع للغراس والبناء، وحمل القولين على هذين الحالين، وذهب المزني وأبو العباس وأبو إسحاق: إلى أنها على قولين، أحدهما: يرجع؛ لأنه وجد عين ماله مشغولاً بملك المفلس فثبت له الرجوع، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المفلس بصبغ من عنده. والثاني: لا يرجع؛ لأنه إذا رجع في الأرض بقي الغراس والبناء من غير طريق، ومن غير شرب، فيدخل الضرر على المفلس[4]، والضرر لا يزال

---

(١) قال المصنف وغيره: «يقدم»، وقال الشيخ أبو حامد: يضارب به. (الروضة ٤/ ١٦٧).

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري عن عمر موقوفاً (٢/ ٨٢٣ كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً)، وأخرجه (مرفوعاً من طريق سعيد بن زيد) أبو داود (٢/ ١٥٨ كتاب الإمارة، باب إحياء الموات)، ورواه مالك عن عروة مرسلاً، وقال: مرسل باتفاق (الموطأ ص ٤٦٣ كتاب الأقضية، باب القضاء في عمارة الأرض)، والشافعي (بدائع المنن ٢/ ٢٠٤)، عن عروة بن الزبير مرسلاً، وأخرجه أحمد (٥/ ٣٢٧)، والترمذي وحسنه (٤/ ٦٣٠ كتاب الأحكام، باب إحياء أرض الموات).

(٣) انظر: الروضة ٤/ ١٦٧.

(٤) الراجح أنهما طريقان لنقل المسألة، والأظهر ليس له الرجوع؛ لأنه ينقص قيمة البناء =

بالضرر، فإن قلنا: إنه يرجع، وامتنع البائع من بذل العوض، وأرش النقص، وامتنع المفلس والغرماء من القلع، فهل يجبر البائع على البيع؟ فيه قولان، أحدهما: يجبر؛ لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين، فوجب أن يباع كما يباع الصبغ مع الثوب، وإن لم يكن الصبغ له، ويباع ولد المرهونة مع الرهن، وإن لم يدخل في الرهن، والثاني: لا يجبر؛ لأنه يمكن إفراد كل واحد منهما بالبيع، ولا يجبر على بيعها مع الغراس والبناء[1].

فـصـل [المبيع أرض فزرعها]:

وإن كان المبيع أرضاً فزرعها المشتري ثم أفلس، واختار البائع الرجوع في الأرض، جاز له؛ لأنه وجد عين ماله مشغولاً بما ينقل، فجاز له الرجوع فيه، كما لو كان المبيع داراً وفيها متاع للمشتري، فإن رجع في الأرض نظرت في الزرع، فإن استحصد وجب نقله، وإن لم يستحصد جاز تركه إلى أوان الحصاد من غير أجرة؛ لأنه زرعه في ملكه، فإذا زال الملك جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد من غير أجرة، كما لو زرع أرضه ثم باع الأرض.

فـصـل [المبيع ذوات الأمثال فخلطه]:

وإن كان المبيع من ذوات الأمثال كالحبوب والأدهان فخلطه بجنسه، نظرت فإن خلطه بمثله كان للبائع أن يرجع؛ لأن عين ماله موجود من جهة الحكم، ويملك أخذه بالقسمة، فإن رجع واتفقا على القسمة قسم، ودفع إليه مثل مكيلته، فإن طلب البائع البيع فهل يجبر المفلس؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجبر؛ لأنه تمكن القسمة فلا يجبر على البيع كالمال بين الشريكين[2]،

= والغراس، ويضرهم، والبائع يضارب بالثمن، أو يعود إلى بذل قيمتها، أو قلعها مع أرش النقص. (الروضة ٤/١٦٧، ١٦٨).

(١) هذا هو القول الراجح، فلا يجبر البائع على الأظهر. (الروضة ٤/١٦٨).

(٢) الوجه الأول هو الأصح فلا يجبر على البيع. (الروضة ٤/١٦٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٦٣).

والثاني: يجبر؛ لأنه إذا بيع وصل البائع إلى بدل ماله بعينه، وإذا قسم لم يصل إلى جميع ماله، ولا إلى بدله.

وإن خلطه بأردأ منه، فله أن يرجع؛ لأن عين ماله موجودة من طريق الحكم، فمَلَكَ أخذه بالقسمة، وكيف يرجع؟ فيه وجهان، قال أبو إسحاق: يباع الزيتان، ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما؛ لأنه إن أخذ مثل زيته بالكيل كان ذلك أنقص من حقه، وإن أخذ أكثر من زيته كان ربا، فوجب البيع، والثاني: وهو المنصوص، أنه يأخذ مثل زيته بالكيل؛ لأنه وجد عين ماله ناقصاً، فرجع فيه مع النقص، كما لو كان عين ماله ثوباً فحدث به عيب عند المشتري [1].

فإن خلطه بأجود منه ففيه قولان، أحدهما: يرجع، وهو قول المزني؛ لأنه وجد عين ماله مختلطاً بما لا يتميز عنه فأشبه إذا خلطه بمثله، أو كان ثوباً فصبغه، والثاني: أنه لا يرجع؛ لأن عين ماله غير موجود حقيقة[2]؛ لأنه اختلط بما لا يمكن تمييزه منه حقيقة ولا حكماً؛ لأنه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه، ويخالف إذا خلطه بمثله؛ لأنه تمكن المطالبة بمثل مكيلته، ويخالف الثوب إذا صبغه؛ لأن الثوب موجود، وإنما تغير لونه، فإن قلنا: إنه يرجع، فكيف يرجع؟ فيه قولان، أحدهما: يباع الزيتان، ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما؛ لأنه لا يمكن أن يأخذ مثل زيته بالكيل؛ لأنه يأخذ أكثر من حقه، ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيته بالكيل؛ لأنه ربا فوجب البيع[3]، والثاني: يرجع من الزيت بقيمة مكيلته، فيكون قد أخذ بعض حقه وترك بعضه باختياره.

(١) الوجه الثاني هو الأصح، وليس له إلاَّ أخذ مثل زيته، أو المضاربة. (الروضة ٤/ ١٦٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٦٣).

(٢) القول الثاني هو الراجح، وليس له الرجوع في الأظهر، بل يضارب بالثمن. (الروضة ٤/ ١٦٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٦٣).

(٣) القول الأول هو الراجح، فيرجع، ويباعان، ثم يوزع الثمن على نسبة القيمة. (الروضة ٤/ ١٦٩).

فصل [إفلاس المسلم إليه]:

وإن أسلم إلى رجل في شيء، وأفلس المسلم إليه، وحجر عليه، فإن كان رأس المال باقياً، فله أن يفسخ العقد، ويرجع إلى عين ماله؛ لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره، فرجع إليه كالمبيع، وإن كان رأس المال تالفاً ضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه، فإن لم يكن في ماله الجنس المسلم فيه اشترى ودفع إليه؛ لأن أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز، وقال أبو إسحاق: إذا أفلس المسلم إليه فللمسلم أن يفسخ العقد، ويضرب مع الغرماء برأس المال؛ لأنه يتعذر تسليم المسلم فيه فثبت الفسخ، كما لو أسلم في الرطب فانقطع، والمذهب: أنه لا يثبت الفسخ[1]؛ لأنه غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ بالإفلاس، كما لو باعه عيناً، فأفلس المشتري بالثمن، والعين تالفة، ويخالف إذا أسلم وانقطع الرطب؛ لأن الفسخ هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم، وههنا الفسخ بالإفلاس، والفسخ بالإفلاس إنما يكون لمن وجد عين ماله، وهذا غير واجد لعين ماله، فلم يملك الفسخ.

فصل [كراء الأرض والإفلاس بالأجرة]:

وإن أكرى أرضاً فأفلس المكتري بالأجرة، فإن كان قبل استيفاء شيء من المنافع فله أن يفسخ؛ لأن المنافع في الإجارة كالأعيان المبيعة في البيع، ثم إذا أفلس المشتري والعين باقية ثبت له الفسخ؛ فكذلك إذا أفلس المكتري والمنافع باقية؛ وجب أن يثبت له الفسخ.

وإن أفلس وقد استوفى بعض المنافع، وبقي البعض، ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى، وفسخ فيما بقي، كما لو ابتاع عبدين وتلف عنده أحدهما، ثم أفلس، فإنه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء، ويفسخ البيع فيما بقي.

فإن فسخ، وفي الأرض زرع لم يستحصد، نظرتَ: فإن اتفق الغرماء

---

(١) وهذا هو الأصح. (الروضة ٤/ ١٥٠).

والمفلس على تبقيته بأجرة إلى وقت الحصاد لزم المكري قبوله؛ لأنه زرع بحق، وقد بذل له الأجرة لما بقي، فلزمه قبولها، وإن لم يبذل له الأجرة جاز له المطالبة بقطعه؛ لأن التبقية إلى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء، والضرر لا يزال بالضرر، وفي تبقيته من غير عوض إضرار بالمكري.

وإن دعا بعضهم إلى القطع، وبعضهم إلى التبقية، نظرتَ: فإن كان الزرع لا قيمة له في الحال، كالطعام في أول ما يخرج من الأرض لم يقطع؛ لأنه إذا قطع لم يكن له قيمة، وإذا ترك صار له قيمة، فقدم قول من دعا إلى الترك، وإن كان له قيمة كالقصيل[1] الذي يقطع، ففيه وجهان، أحدهما: يقدم قول من دعا إلى القطع؛ لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه، فلم يؤخر، والثاني: وهو قول أبي إسحاق: أنه يفعل ما هو أحظ، والأول أظهر.

فصل [قسمة الغرماء ورفع الحجر]:

إذا قسم مال المفلس بين الغرماء، ففي حجره وجهان، أحدهما: يزول الحجر؛ لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء، وقد زال ذلك، فزال الحجر كالمجنون إذا أفاق، والثاني: لا يزول إلاَّ بالحاكم؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم، فلم يزل إلاَّ بالحاكم، كالحجر على المبذر[2].

فصل [تعلق الديون بالمال]:

ومن مات وعليه ديون، تعلقت الديون بماله، كما تتعلق بالحجر في حياته[3]، فإن كان عليه دين مؤجل حل الدين بالموت، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا ماتَ الرجُلُ، وله دينٌ إلى أجلٍ، وعليه دينٌ إلى

---

(١) القصيل: هو فعيل من القصل، وهو القطع، يقال: سيف قاصل، ومقصل أي قطاع، وهو في الزرع أن يطلع له قصب فيقطع ويعلف للبهائم. (النظم ١/ ٣٢٧).

(٢) الوجه الثاني هو الأصح. (الروضة ٤/ ١٤٧).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٤٤.

أجلٍ، فالذي عليه حالّ، والذي له إلى أجله»[1]، ولأن الأجل جعل رفقاً بمن عليه الدين، والرفق بعد الموت أن يقضي دينه وتبرأ ذمته، والدليل عليه ما روى أبو هريرة أن النبـي ﷺ قال: «نفسُ المؤمنِ مُرْتَهَنَة في قبره بدينه إلى أن يُقضى عنه»[2].

فـصــل [التصرف بالتركة قبل وفاء الدين]:

فإن تصرف الوارث في التركة[3]، قبل مضي الدين، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير رضى من له الحق، كالمرهون، والثاني: يصح؛ لأنه حق بالمال من غير رضى المالك، فلم يمنع التصرف كمال المريض[4]، وإن قلنا: إنه يصح، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه، وإن لم يقض فسخنا.

وإن باع عبداً ومات، وتصرف الوارث في التركة، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فرده، أو وقع في بئر كان حفرها بهيمة، ففي تصرف الورثة وجهان، أحدهما: أنه يصح؛ لأنهم تصرفوا في ملك لهم لا يتعلق به حق أحد[5]، والثاني: يبطل؛ لأنا تبينا أنهم تصرفوا، والدين متعلق بالتركة.

---

(١) حديث ابن عمر قال فيه البيهقي: «وروي في حلول الدين على الميت عن ابن عمر مرفوعاً وعن زيد بن ثابت موقوفاً، وكلاهما ضعيف». (السنن الكبرى ٦/ ٤٩).

(٢) حديث أبـي هريرة رواه الترمذي، وقال: حديث حسن (٤/ ١٩٣ كتاب الجنائز، باب نفس المؤمن معلقة بدينه)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٦ كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين)، وأحمد (٢/ ٤٤٠، ٤٧٥، ٥٠٨)، والدارمي (٢/ ٧١٤ كتاب البيوع، باب التشديد في الدين)، والبيهقي (٦/ ٤٩، ٧٦).

(٣) التركة: ما يتركه الميت للوارث، والتركة أيضاً الولد، وأصله بيض النعام، يقال له: ترك وتريك. (النظم ١/ ٣٢٧).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، والأصح يصح تصرفه ولا يفسد. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٤٥، الروضة ٤/ ٨٥).

(٥) وهذا هو الوجه الأصح، قال النووي: «ولو تصرف الوارث فظهر دين برد مبيع بعيب فالأصح أنه لا يتبين فساد تصرفه». (المنهاج ٢/ ١٤٧)، وانظر: الروضة ٤/ ٨٥.

فإن كان في غرماء الميت من باع شيئاً، ووجد عين ماله، فإن لم تف التركة بالدين فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله، لما رُوي عن أبـي هريرة رضي الله عنه أنه قال في رجل أفلس: «هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ، أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»[1].

فإن كانت التركة تفي بالدين ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبـي سعيد الإصطخري رحمه الله أن له أن يرجع في عين ماله، لحديث أبـي هريرة، والثاني: لا يجوز أن يرجع في عين ماله، وهو المذهب؛ لأن المال يفي بالدين فلم يجز الرجوع في المبيع، كالحي المليء[2]، وحديث أبـي هريرة، قد روى فيه أبو بكر النيسابوري «وإن خلف وفاء فهو أسوة الغرماء».

فـصـل [ظهور غريم بعد القسمة]:

إذا قسم مال المفلس، أو مال الميت بين الغرماء، ثم ظهر غريم آخر، رجع على الغرماء، وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه[3]، لأنا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه.

وإن أكرى رجل داره سنة، وقبض الأجرة، وتصرف فيها، ثم أفلس، وقسم

---

(١) حديث أبـي هريرة رواه مسلم (١٠/ ٢٢١ كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري، وقد أفلس فله الرجوع فيه)، وأبو داود (٢/ ٢٥٧ كتاب البيوع، باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعة بعينه عنده)، والنسائي (٧/ ٢٧٤ كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس)، وأحمد (٢/ ٣٤٧، ٤١٠، ٤٦٨، ٥٠٨).

(٢) الوجه الثاني هو الأرجح، قال النووي: «ولا خلاف أن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله». (المنهاج ٢/ ١٤٥).

(٣) قال النووي: «إذا جرت القسمة ثم ظهر غريم، فالصحيح أن القسمة لا تنقض، ولكن يشاركهم بالحصة، لأن المقصود يحصل بذلك». (الروضة ٤/ ١٤٣).

ماله بين الغرماء، ثم انهدمت الدار في أثناء المدة، فإن المكتري يرجع على المفلس بأجرة ما بقي، وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يشاركهم؛ لأنه دين وجب بعد القسمة، فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا، كما لو استقرض مالاً بعد القسمة، والثاني: يشاركهم؛ لأنه دين وجب بسبب قبل الحجر، فشارك به الغرماء، كما لو انهدمت الدار قبل القسمة، ويخالف القرض؛ لأن دينه لا يستند[1] ثبوته إلى ما قبل الحجر، وهذا استند إلى ما قبل الحجر، ولأن المقرض لا يشارك الغرماء في المال قبل القسمة، والمكتري يشاركهم في المال قبل القسمة، فشاركهم بعد القسمة[2].

بــاب

الحَجْـر[3]

إذا ملك الصبي أو المجنون مالاً حجر عليه في ماله[4]، والدليل عليه قوله

---

(١) يستند أي يعتمد، من أسندت ظهري إلى الجدار إذا اعتمدت عليه. (النظم ١/ ٣٢٨).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويضارب المستأجر بحصة ما بقي منها قبل قسمة المال بينهم، وإن كان بعدها ضارب أيضاً على الأصح، لاستناده إلى عقد سبق الحجر، فأشبه انهدامها قبل القسمة. (الروضة ٤/ ١٥٤).

(٣) أصل الحَجْر المنع والحظر، ومنه قوله تعالى: ﴿حِجْراً محجوراً﴾ [الفرقان: ٢٢]، أي حراماً محرماً ممنوعاً، و «حجْراً محجوراً» قرىء بالضم والفتح والكسر، والحِجْر الحرام، وفيه ثلاث لغات، وقوله تعالى: ﴿قسمٌ لذي حِجْر﴾ [الفجر: ٥]، أي لذي عقل، وإنما سمي العقل حجْراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما لا يجوز، ولهذا يسمى حجر البيت «حجْراً» لأنه يمنع من الطواف فيه، والمحجور عليه ممنوع من التصرف في ماله، وحجر عليه الحاكم أي منعه التصرف، وقيل للحرام حجر، لأنه ممنوع، وهو بمعنى المحجور، كما يقال: طحن للمطحون، وقطف للمقطوف. (النظم ١/ ٣٢٨).

(٤) المحجور عليه ثمانية، ثلاثة يحجر عليهم لحق أنفسهم، وهم الصبي والمجنون والسفيه، وخمسة يحجر عليهم لحق غيرهم، وهم المفلس لحق الغرماء، والمريض لحق الورثة، =

تعالى: ﴿وابْتَلُوا اليَتَامَى حتى إذا بلغُوا النِّكَاحَ، فإنْ آنَسْتُم منهُمْ رُشْداً فادْفَعُوا إليهم أموَالهم﴾ [النساء: ٦]، فدل على أنه لا يسلم إليه المال قبل البلوغ والرشد.

فصل [تدرج النظار]:

وينظر في ماله الأب، ثم الجد؛ لأنها ولاية في حق الصغير، فقُدِّم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح.

فإن لم يكن أب ولا جد، نظر فيه الوصي؛ لأنه نائب عن الأب والجد، فقُدّم على غيره، وإن لم يكن وصي نظر السلطان؛ لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت، فثبتت للسلطان، كولاية النكاح، وقال أبو سعيد الإصطخري: فإن لم يكن أب ولا جد، نظرت الأم؛ لأنها أحد الأبوين، فثبت لها الولاية في المال كالأب، والمذهب أنه لا ولاية لها، لأنها ولاية ثبتت بالشرع، فلم تثبت للأم كولاية النكاح[1].

فصل [تصرف الناظر]:

ولا يتصرف الناظر في ماله إلاَّ على النظر[2] والاحتياط[3]، ولا يتصرف إلاَّ فيما فيه حظ واغتباط، فأما ما لا حظ فيه كالعتق، والهبة، والمحاباة، فلا يملكه، لقوله تعالى: ﴿ولا تَقْرَبُوا مالَ اليتيم[4] إلاَّ بالتي هي أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]،

= والعبد القن، والمكاتَب لحق المكاتِب، والمرتد لحق المسلمين. (المجموع ١٣/ ٣٤٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٦٥، الروضة ٤/ ١٧٧).

(١) قال النووي: «ولا تلي الأم في الأصح». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٧٤)، وانظر: الروضة ٤/ ١٨٧.

(٢) الناظر: الحافظ، والنظر الحفظ، وهو مأخوذ من النظر الذي هو التأمل والتفكر في أمر التدبير، أو من التمنن، والشفقة، وهو أحد أقسام النظر في علم الأصول. (النظم ١/ ٣٢٨).

(٣) الاحتياط: افتعال من حاطه يحوطه، أي كلأه ورعاه، واحتاط الرجل لنفسه أخذ بالثقة والاستظهار. (النظم ١/ ٣٢٨).

(٤) اليتم في بني آدم فقد الأب، وفي البهائم فقد الأم، وقد يَتم الصبي بالكسر ييتم يتماً، =

ولقوله ﷺ: «لا ضَرَر ولا إضرار»[1]، وفي هذه التصرفات إضرار بالصبي، فوجب أن لا يملكه، ويجوز أن يتجر في ماله، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «منْ وَلِيَ يَتيماً، وله مالٌ فليتجِرْ له بماله، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»[2].

فصل [ابتياع العقار]:

ويبتاع له العقار؛ لأنه يبقى وينتفع بغِلّته، ولا يبتاعه إلاَّ من مأمون، لأنه إذا لم يكن مأموناً لم يأمن أن يبيع ما لا يملكه، ولا يبتاعه في موضع قد أشرف على الخراب، أو يخاف عليه الهلاك؛ لأن في ذلك تغرير بالمال.

ويبني له العقار؛ ويبنيه بالآجر، والطين، ولا يبنيه باللبن[3] والجص؛ لأن الآجر يبقى، واللبن يهلك، والجص يجحف به، والطين لا ثمن له، والجص يتناثر، ويذهب ثمنه، والطين لا يتناثر، وإن تناثر فلا ثمن له، ولأن الآجر لا يتخلص من الجص إذا أراد نقضه، ويتلف عليه، ويتخلص من الطين، فلا يتلف عليه[4].

ولا يبيع له العقار إلاَّ في موضعين، أحدهما: أن تدعو إليه ضرورة، بأن يفتقر إلى النفقة، وليس له مال غيره، ولم يجد من يقرضه، والثاني: أن يكون له في بيعه غبطة، وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه، فيباع له، ويشترى ببعض الثمن

= واليتيم المنفرد أيضاً، ومنه الدرة اليتيمة، كأنه أفرد عن أبيه وأمه، وأصله الضعف، والأيم يتيمة لانفرادها عن الزوج. (النظم ١/ ٣٢٨).

(١) هذا الحديث سبق بيانه ص ٢١٦ هـ ٢.

(٢) حديث عبد الله بن عمرو رواه عبد الرزاق وابن جرير عنه بسند صحيح. (المجموع ١٣/ ٣٤٧).

(٣) اللَّبن جمع لبنة، مثل كلمة وكلم، ويجوز لبنة بالإسكان مثل لبدة ولبد. (النظم ١/ ٣٢٨).

(٤) وهذا يختلف بحسب الأزمان والأماكن، والعبرة أن يبنى له بما هو الأصلح، لأن نظر الولي والوصي على الاحتياط والمصلحة.

مثله؛ لأن البيع في هذين الحالين فيه حظ، وفيما سواهما لا حظ فيه فلم يجز.

وإن باع العقار، وسأل الحاكم أن يسجل له[1]، نظرَ فإن باعه الأب أو الجد سجل له لأنهما لا يتهمان في حق الولد، وإن كان غيرهما لم يسجل حتى يقيم بينة على الضرورة أو الغبطة؛ لأنه تلحقه التهمة فلم يسجل له من غير بينة[2].

فإن بلغ الصبي وادّعى أنه باع من غير ضرورة ولا غبطة، فإن كان الولي أباً أو جداً، فالقول قوله[3]، وإن كان غيرهما لم يقبل إلاَّ ببينة[4]، لما ذكرناه من الفرق.

فإن بيع في شركته شقص، فإن كان الحظ في أخذه بالشفعة، لم يترك، وإن كان الحظ في الترك، لم يأخذ؛ لأنا بيّنا أن تصرفه على النظر والاحتياط، فلا يفعل إلاَّ ما يقتضي النظر والاحتياط.

فإن ترك الشفعة، والحظ في تركها، ثم بلغ الصبي وأراد أن يأخذ، فالمنصوص أنه لا يملك ذلك؛ لأن ما فعل الولي مما فيه نظر لا يملك الصبي نقضه، كما لو أخذوا الحظ في الأخذ فبلغ وأراد أن يرد، ومن أصحابنا من قال: له أن يأخذ؛ لأنه يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه حظ فيه، وفيما لا حظ فيه، وقد بلغ فجاز أن يأخذ، وإن لم يكن فيه حظ، وهذا خطأ؛ لأن له أن يتصرف فيما لا حظ فيه إذا كان باقياً، وهذا قد سقط بعفو الولي فسقط فيه اختياره.

---

(١) أسجل له: معناه كتب له الحاكم، والسجل الكتاب في قول بعض المفسرين، وأما في اللغة فإنه يقال: أسجل الكلام إذا أرسله، قال محمد بن الحنفية في قوله تعالى: ﴿هل جزاء الإحسان إلاَّ الإحسان﴾ [الرحمن: ٦٠]: هي مسجلة للبر والفاجر، أي مرسلة لم يشترط فيها بر ولا فاجر. (النظم ١/ ٣٢٩).

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/ ١٧٥.

(٣) يصدق الأب والجد باليمين. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٧٦، الروضة ٤/ ١٨٨).

(٤) إذا لم تكن بينة فيصدق قول الصبي بعد البلوغ بيمينه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٧٧، الروضة ٤/ ١٨٨).

فإن بلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة، فالحكم فيه كالحكم في بيع العقار، وقد بيناه.

فصل [البيع بنسيئة]:

ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة، فإن كانت السلعة تساوي مائة نقداً، ومائة وعشرين نسيئة، فباعها بمائة نسيئة، فالبيع باطل؛ لأنه باع بدون الثمن. وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن، لم يصح البيع؛ لأنه غرر بالمال، فإن باع بمائة نقداً، وعشرين مؤجلاً وأخذ بالعشرين رهناً، جاز؛ لأنه لو باعها بمائة نقداً جاز، فلأن يجوز وقد زاده عشرين أولى.

وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة، وأخذ بها رهناً، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه أخرج ماله من غير عوض، والثاني: يجوز؛ وهو ظاهر النص، وقول أبـي إسحاق؛ لأنه باع بربح، واستوثق بالرهن، فجاز[1].

فصل [عدم مكاتبة العبد]:

ولا يكاتب عبده، ولو كان بأضعاف القيمة؛ لأنه يأخذ العوض من كسبه، وهو مال له، فيصير كالعتق من غير عوض.

فصل [عدم السفر بالمال]:

ولا يسافر بماله من غير ضرورة؛ لأن فيه تغريراً بالمال، ويروى «أن المسافر ومالَه على قَلَتٍ»[2] أي على هلاك، وفيه قول الشاعر:

---

(١) وهو قول أكثر الأصحاب، ويشترط أن يكون المشتري موسراً ثقة، والأجل قصيراً عرفاً، احتياطاً للمحجور عليه، ولا يلزم الأب والجد الارتهان من نفسهما له، لأنهما أمينان في حقه، وغير متهمين في حق ولدهما. (مغني المحتاج ٢/ ١٧٥، المجموع ١٣/ ٣٥٢).

(٢) هذا الخبر من كلام بعض السلف، فقيل عن علي، وقيل عن بعض الأعراب، ورواه الديلمي كجزء من حديث مرفوع، ورواه ابن الأثير في «النهاية»، وهو ضعيف، والقلت بفتح القاف واللام هو الهلاك. (كشف الخفاء ١/ ٢٩٦).

بغـاثُ الطيـرِ أكثـرُهـا فِـراخـا وأمُّ البـــازِ مِقْـــلاَةٌ نَـــزُورُ[1]

فـصـل [السفر بالمال للضرورة]:

فإن دعت إليه ضرورة، بأن خاف عليه الهلاك في الحضر، لحريق، أو نهب، جاز أن يسافر به؛ لأن السفر ههنا أحوط.

فـصـل [عدم الإيداع والإقراض]:

ولا يودع ماله، ولا يقرضه من غير حاجة، لأنه يخرجه من يده، فلم يجز، فإن خاف من نهب، أو حريق، أو غرق، أو أراد سفراً، وخاف عليه، جاز له الإيداع، والإقراض.

فإن قدر على الإيداع دون الإقراض أودع ولا يودع إلاّ ثقة، وإن قدر على الإقراض دون الإيداع أقرضه، ولا يقرضه إلاّ ثقة ملياً؛ لأن غير الثقة يجحد، وغير الملي لا يمكن أخذ البدل منه، فإن أقرض، ورأى أخذ الرهن عليه، أخذ، وإن رأى ترك الرهن لم يأخذ، وإن قدر على الإيداع والإقراض، فالإقراض أولى؛ لأن القرض مضمون بالبدل، والوديعة غير مضمونة، فكان القرض أحوط.

فإن ترك الإقراض وأودع، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه يجوز كل واحد منهما، فإذا قدر عليهما تخير بينهما، والثاني: لا يجوز[2]، لقوله تعالى: ﴿ولاَ تَقْرَبُوا مَالَ اليَتِيمِ إلاّ بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام: ١٥٢]، والإقراض ههنا أحسن، فلم يجز تركه.

---

(١) البغاث من الطير ما يصيد ولا يصاد، وهي شرارها، يقال فيه: بُغاث وبِغاث وبَغاث ثلاث لغات، والأبغث قريب من الأغبر، والمقلاة النزور هي التي لا يَعيش لها ولد، والنزور قليلة الأولاد من النزر وهو اليسير، والبيت للعباس بن مرداس. (النظم ١/ ٣٢٩، المجموع ١٣/ ٣٥٣).

(٢) وهذا هو الوجه الأصح، فلا يجوز الإيداع مع إمكان الإقراض على الأصح. (الروضة ٤/ ١٩١).

ويجوز أن يقترض له إذا دعت إليه الحاجة، ويرهن ماله عليه، لأن في ذلك مصلحة له فجاز.

فصل [الإنفاق على المحجور]:

وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار[١]، لقوله تعالى: ﴿والذينَ إذَا أنْفَقُوا لم يُسْرِفُوا ولم يَقْتُرُوا، وكانَ بينَ ذلك قواماً﴾ [الفرقان: ٦٧].

وإن رأى أن يخلط ماله بماله في النفقة جاز، لقوله تعالى: ﴿ويَسْألونَكَ عن اليتَامَى، قلْ: إصلاَحٌ لهم خَيْرٌ، وإنْ تُخَالِطُوهم فإخْوانُكم، والله يعلم المفسدَ مِنَ المصلح﴾ [البقرة: ٢٢٥].

فإن بلغ الصبي، واختلفا في النفقة، فإن كان الولي هو الأب أو الجد، فالقول قوله، وإن كان غيرهما، ففيه وجهان، أحدهما: يُقبل؛ لأن في إقامة البينة على النفقة مشقة فقبل قوله[٢]، والثاني: لا يُقبل قوله، كما لا يقبل في دعوى الضرر، والغبطة في بيع العقار[٣].

فصل [بيع مال المحجور بماله]:

وإن أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أباً أو جداً جاز ذلك؛ لأنهما لا يتهمان

---

(١) الإسراف: التبذير ومجاوزة القصد، وقيل: هو ما لا يكون مأجوراً ولا مشكوراً، والإقتار: التضييق في النفقة، يقال: قتر على عياله، فخفف يقتر قتراً وقتوراً، أي ضيّق، ﴿وكان الإنسان قتوراً﴾ [الإسراء: ١٠٠]. (النظم ١/ ٣٣٠).

(٢) هذا هو الوجه الراجح، كما قال ابن الصباغ، فيقبل قولهما مع أيمانهما في الأصح. (المجموع ١٣/ ٣٥٦).

(٣) الغبطة هي حسن الحال، ومنه قولهم: اللهم غبطاً لا هبطاً، أي نسألك الغبطة، ونعوذ بك أن نهبط عن حالنا، والغبطة أن يتمنى مثل مال المغبوط من غير أن يريد زواله عنه، وليس بحسد، تقول فيه: غبطته، وأغطبه غبطاً وغبطة، وهو مغتبط بكسر الباء، أي مغبوط، والمعنى يبيعه له بما يغبط عليه، ويتمنى غيره أنه له. (النظم ١/ ٣٣٠).

في ذلك لكمال شفقتهما، وإن كان غيرهما لم يجز، لما رُوي أن النبي ﷺ قال: «لا يشتري الوصيُّ مِنْ مالِ اليتيمِ»[1]، ولأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه، فلم يجعل ذلك إليه.

فصل [الأكل من ماله]:

وإن أراد أن يأكل من ماله، نظرتَ: فإن كان غنياً لم يجز، لقوله تعالى: ﴿ومن كان غَنياً فليستَعْفِفْ﴾[2] [النساء: ٦]، وإن كان فقيراً جاز أن يأكل، لقوله تعالى: ﴿ومنْ كانَ فقيراً فليأكلْ بالمعروفِ﴾ [النساء: ٦]، وهل يضمن البدل؟ فيه قولان، أحدهما: لا يضمن، لأنه أجيز له الأكل بحق الولاية، فلم يضمنه كالرزق الذي يأكله الإمام من أموال المسلمين[3]، والثاني: أنه يضمن؛ لأنه مال لغيره أجيز له أكله للحاجة، فوجب ضمانه كمن اضطر إلى مال غيره.

فصل [فك الحجر بالبلوغ]:

ولا يفك الحجر عن الصبي حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد[4]، لقوله تعالى: ﴿حتى إذَا بلغُوا النِكاحَ فإنْ آنسْتُم منهم رُشْداً[5] فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦].

---

(١) هذا الحديث رواه الدارمي من قول مكحول بلفظ «أمر الوصي جائز في كل شيء إلاّ في الابتياع». قال الدارمي: «وهو رأي يحيى بن حمزة». (المجموع ١٣/٣٥٦).

(٢) عفَّ عن المسألة، واستعف أي كف، فهو عف وعفيف، ومنه العفاف. (النظم ١/ ٣٣٠).

(٣) هذا هو القول الراجح، قال النووي: «قلت: أظهرهما لا ضمان لظاهر القرآن، ولأنه بدل عمله». (الروضة ٤/ ١٩٠).

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٦٦، الروضة ٤/١٧٧.

(٥) أي علمتم، وأصله العلم بالخبر، وقيل: أبصرتم، ومنه إنسان العين، وهي الحدقة التي يبصر بها، يقال: أنست منه رشداً، أي علمته، وأنست منه الصوت أي سمعته، والرشد خلاف الغي، رَشَد بالفتح يرشُد بالضم، ورشِد بالكسر يرشُد بالضم رشداً أو رَشَداً ورشاداً. (النظم ١/ ٣٣٠).

فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء، ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة، وهي: الإنزال، والسن، والإنبات، واثنان تختص بهما المرأة، وهما الحيض، والحبل.

فأما الإنزال: فهو إنزال المني[1]، فمتى أنْزل صار بالغاً، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وإذا بلغَ الأطْفَالُ منكُمُ الحلُمَ فليستأذِنُوا﴾ [النور: ٥٩]، فأمرهم بالاستئذان بعد الاحتلام، فدل على أنه بلوغ، وروى عطية القُرظي، قال: «عُرضنا على رسول الله ﷺ زمن قُريظة فمن كان محتلماً أو نبتت عانته قتل»[2]، فلو لم يكن بالغاً لما قتل.

وأما السن: فهو أن يستكمل خمس عشرة سنة، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: «عُرضت على رسول الله ﷺ يومَ أحدٌ وأنا ابن أربعَ عشرةَ سنة فلم يجزني[3]، ولم يرني بلغت، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة سنة، فرآني بلغت، فأجازني»[4].

وأما الإنبات فهو الشعر الخشن الذي ينبت على العانة، وهو بلوغ في حق الكافر، والدليل عليه ما روى عطية القرظي قال: «كنت فيمن حكم فيهم سعد بن معاذ رضي الله عنه فشكوا فيّ، أمن الذرية أنا أم من المقاتلة، فقال رسول الله ﷺ:

---

(١) المنيّ مشدد معروف، وأصله: مَنَى إذا سال، ومنه سميت منى لما يسيل فيها من دماء الهدي. (النظم ١/ ٣٣٠).

(٢) حديث عطية القرظي رواه النسائي (٦/ ١٢٦ كتاب الطلاق، باب متى يقع طلاق الصبي)، وأحمد (٤/ ٣٤١، ٥/ ٣٧٢).

(٣) يجزني: أي لم يأذن لي في الجهاد، من العبد المجاز، وهو المأذون له، ويقال أيضاً: جوَّز له ما صنع، وأجاز له أي سوَّغ له ذلك، ومعناه لم يعده في المقاتلة فيأخذ سهماً من الغنيمة. (النظم ١/ ٣٣٠).

(٤) حديث ابن عمر رواه البخاري (٢/ ٩٤٨ كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم)، ومسلم (١٣/ ١٢ كتاب الإمارة، باب بيان سن البلوغ)، وأحمد (٢/ ١٧)، وثبت أنه ﷺ رد غيره. (مغني المحتاج ٢/ ١٦٦).

انظروا فإن كان قد أنبت وإلاَّ فلا تقتلوه، فنظروا فإذا عانتي لم تنبت، فجعلوني في الذرية، ولم أقتل»[1]، وهل هو بلوغ في نفسه أو دلالة على البلوغ؟ فيه قولان، أحدهما: أنه بلوغ، فعلى هذا هو بلوغ في حق المسلم، لأن ما كان بلوغاً في حق الكافر كان بلوغاً في حق المسلم، كالاحتلام والسن، والثاني أنه دلالة على البلوغ[2]، فعلى هذا هل يكون دلالة في حق المسلم؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه دلالة، لما روى محمد بن يحيـى بن حبان أن غلاماً من الأنصار شبب بامرأة[3] في شِعْره، فرفع إلى عمر رضي الله عنه فلم يجده أنبت، فقال: لو أنبت الشعر لحددتك، والثاني: أنه ليس بدلالة في حق المسلم، وهو ظاهر النص[4]؛ لأن المسلمين يمكن الرجوع إلى أخبارهم، فلم يجعل ذلك دلالة في حقهم، والكفار لا يمكن الرجوع إلى أخبارهم، فجعل ذلك دلالة في حقهم، ولأن الكافر

(١) حديث عطية القرظي رواه بالمعنى أبو داود (٢/٤٥٣ كتاب الحدود، باب الغلام يصيب الحد)، والترمذي (٥/٢٠٧ كتاب السير، باب النزول على الحكم)، والنسائي (٦/١٢٦ كتاب الطلاق، باب متى يقع طلاق الصبـي)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٩ كتاب الحدود، باب من لا يجب عليه الحد)، والدارمي (٢/ ٦٧١ كتاب السير، باب حد الصبـي متى يقتل)، وأحمد (٤/ ٣١٠، ٥/ ٣١٢)، وقال المطيعي: «رواه البخاري ومسلم». (المجموع ١٣/ ٣٦١) ولم أجده فيهما.

(٢) وهذا هو القول الراجح، وأن الإنبات دليل على البلوغ في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٦٧، الروضة ٤/ ١٧٨).

(٣) التشبيب: النسيب، يقال: هو يشبب بها أي يذكرها في شعره، واشتقاق التشبيب من وجهين أحدهما: من الشبيبة، وأصلها الارتفاع عن حال الطفولية، والآخر أن يكون من الجلاء، يقال: شب وجه الجارية إذا جلاه، وأبدى ما يخفى من محاسنه. (النظم ١/ ٣٣١).

وهذا الغلام الذي شبب في شعره فهو عمر بن أبـي ربيعة، وكانت له جولات في الغزل على عهد عمر وبعده. (المجموع ١٣/ ٣٦٥).

(٤) وهذا هو الراجح، وأن نبات العانة ليس دليلاً على البلوغ في حق المسلم في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٦٧، الروضة ٤/ ١٧٨).

لا يستفيد بالبلوغ إلاَّ وجوب الحرية، ووجوب القتل، فلا يتهم في مداواة العانة بما ينبت الشعر، والمسلم يستفيد بالبلوغ التصرف والكمال بالأحكام، فلا يؤمن أن يداوي العانة بما ينبت الشعر، فلم يجعل ذلك دلالة في حقه.

فأما الحيض فهو بلوغ، لما رُوي أن النبي ﷺ قال لأسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما: «إن المرأة إذا بلغت المحيض[1]، لا يصلح أن يُرى منها إلاَّ هذا وهذا وأشار إلى الوجه والكف»[2]، فعلق وجوب الستر بالمحيض، وذلك تكليف فدل على أنه بلوغ يتعلق به التكليف.

وأما الحبل فهو دليل على البلوغ، فإذا حبلت حكمنا بأنها بالغ؛ لأن الحبل لا يكون إلاَّ بإنزال الماء، فدل على البلوغ، فإذا كانت المرأة لها زوج فولدت حكمنا بأنها بالغ من قبل الوضع بستة أشهر؛ لأن ذلك أقل مدة الوضع، وإن كانت مطلقة وأتت بولد يلحق الزوج حكمنا بأنها بالغ من قبل الطلاق.

وإن كان خنثى فخرج المني من ذكره، أو الدم من فرجه، لم يحكم بالبلوغ، لجواز أن يكون ذلك من العضو الزائد، فإن خرج المني من الذكر، والدم من الفرج، فقد بلغ؛ لأنه إن كان رجلاً فقد أمنى، وإن كانت امرأة فقد حاضت[3].

فصل [إيناس الرشد]:

فأما إيناس الرشد فهو إصلاح الدين والمال، فإصلاح الدين أن لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة، وإصلاح المال أن يكون حافظاً لماله غير مبذر، ويختبره الولي اختبار مثله من تجارة إن كان تاجراً، أو تناء إن

---

(١) المحيض هنا الوقت والزمان الذي تحيض فيه، والتكليف إيجاب الفرائض. (النظم ١/ ٣٣١).

(٢) حديث أسماء رواه أبو داود عن عائشة، وقال: هذا مرسل (٢/ ٣٨٢ كتاب اللباس، باب فيما تبدي المرأة من زينتها).

(٣) انظر: الروضة ٤/ ١٧٩.

تانئاً[1]، أو إصلاح أمر البيت إن كانت امرأة.

واختلف أصحابنا في وقت الاختبار، فمنهم من قال: لا يختبر في التجارة إلاَّ بعد البلوغ؛ لأن قبل البلوغ لا يصح تصرفه، فلا يصح اختباره، ومنهم من قال: يختبر قبل البلوغ[2]، لقوله تعالى: ﴿وابتلُوا اليتامى[3] حتى إذا بلغُوا النِكاح﴾ [النساء: ٦]، فأمر باختبار اليتامى، وهم الصغار، فعلى هذا كيف يختبر؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يسلم إليه المال، فإذا ساوم وقرر الثمن عقد الولي، لأن عقد الصبي لا يصح[4]، والثاني: أنه يتركه حتى يعقد؛ لأن هذا موضع ضرورة.

فصل [البلوغ مبذراً]:

وإن بلغ مبذراً[5] استديم الحجر عليه؛ لأن الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال، والحاجة قائمة مع التبذير، فوجب أن يكون الحجر باقياً.

وإن بلغ مصلحاً للمال، فاسقاً في الدين، استديم الحجر عليه، لقوله تعالى: ﴿فإنْ آنستُمْ مِنْهم رُشْدَاً فادْفَعُوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦]، والفاسق لم يؤنس منه الرشد، ولأن حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق، لأنه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير، فلم يفك الحجر عنه، ولهذا لم تقبل شهادته، وإن كان معروفاً بالصدق؛ لأنا لا نأمن أن يدعوه الفسق إلى الكذب، وينظر في ماله من كان ينظر

---

(١) التنأ: الزراعة، والتانىء: الزارع، وأصلها الإقامة، يقال: تنأ بالمكان يتنأ تنوءاً بالهمز إذا أقام به وقطنه، والتانىء من ذلك، وهو تناء البلد، والاسم التناءة. (النظم ١/ ٣٣١).

(٢) وهذا هو الراجح، وأن وقت الاختبار قبل البلوغ في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٦٩، الروضة ٤/ ١٨١).

(٣) وابتلوا اليتامى: اختبروهم، والابتلاء الاختبار، قال الله تعالى: ﴿ولنبلونكم حتى نعلم﴾ [محمد: ٣١]. (النظم ١/ ٣٣١).

(٤) هذا هو الوجه الراجح، وأن الأصح أن عقده لا يصح. (المنهاج مغني المحتاج ٢/ ١٧٠، الروضة ٤/ ١٨١).

(٥) المبذر: هو الذي يخرج المال من غير وجهه، وأصله التفريق، ومنه البذر في الزراعة، لأنه يفرق. (النظم ١/ ٣٣١).

في حال الصغر، وهو الأب، والجد، والوصي، والحاكم؛ لأنه حجر ثبت من غير قضاء فكان النظر إلى من ذكرنا كالحجر على الصبي والمجنون.

فصل [فك الحجر]:

وإن بلغ مُصْلحاً للدين والمال فك عنه الحجر، لقوله تعالى: ﴿فإنْ آنَسْتُم منهُم رُشْداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦]، وهل يفتقر فك الحجر إلى الحاكم؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يفتقر إلى الحاكم؛ لأنه حجر ثبت من غير حكم، فزال من غير حكم[١]، كالحجر على المجنون، والثاني: أنه يفتقر إلى الحاكم؛ لأنه يحتاج إلى نظر واختبار، فافتقر إلى الحاكم كفك الحجر عن السفيه[٢].

فصل [الحجر بعد فكه]:

وإن فك عنه الحجر، ثم صار مبذراً، حُجر عليه، لما رُوي أن «عبد الله بن جعفر رضي الله عنه ابتاع أرضاً سبخة[٣] بستين ألفاً، فقال عثمان: ما يسرني أن تكون لي بنعليّ معاً، فبلغ ذلك علياً كرم الله وجهه، وعزم أن يسأل عثمان أن يحجر عليه، فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير، وذكر أن علياً يريد أن يسأل عثمان رضي الله عنهما أن يحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكك، فجاء علي إلى عثمان رضي الله عنهما، وسأله أن يحجر عليه فقال: كيف أحجر على مَنْ شريكه الزبير»[٤]، فدل على جواز الحجر، ولأن كل معنى اقتضى الحجر إذا قارن البلوغ اقتضى الحجر إذا طرأ بعد البلوغ، كالجنون.

---

(١) وهذا هو الوجه الراجح، وينفك الحجر بنفس البلوغ. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٧٠).

(٢) السفه: التبذير، وأصله الخفة والطيش والحركة. (النظم ١/ ٣٣١).

(٣) الأرض السبخة: الرديئة التربة، فيها ملوحة، ولا تكاد تنبت، والسباخ من الأرض التي لا تنبت، وفي المثل: كالزارع في السباخ، والواحدة سبخة. (النظم ١/ ٣٣٢).

(٤) قصة عبد الله بن جعفر رواها الشافعي في مسنده. (بدائع المنن ٢/ ١٩١)، والبيهقي (٦/ ٦١) وغيرهما (المجموع ١٣/ ٣٧٦).

فإن فك عنه الحجر، ثم صار فاسقاً، ففيه وجهان، قال أبو العباس: يعاد عليه الحجر؛ لأنه معنى يقتضي الحجر عند البلوغ، فاقتضى الحجر بعده كالتبذير، وقال أبو إسحاق: لا يعاد عليه الحجر؛ لأن الحجر للفسق لخوف التبذير، وتبذير الفاسق ليس بيقين، فلا يزال به ما تيقنا من حفظه للمال[1].

ولا يعاد عليه الحجر بالتبذير إلاَّ بالحاكم؛ لأن علياً كرم الله وجهه أتى عثمان رضي الله عنه وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر، ولأن العلم بالتبذير يحتاج إلى نظر، فإن الغبن قد يكون تبذيراً، وقد يكون غير تبذير، ولأن الحجر للتبذير مختلف فيه، فلا يجوز إلاَّ بالحاكم.

فإذا حجر عليه لم ينظر في ماله إلاَّ الحاكم؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم، فصار هو الناظر، كالحجر على المفلس.

ويستحب أن يشهد على الحجر، ليعلم الناس بحاله، وأن من عامله ضيع ماله، فإن أقرضه رجل مالاً أو باع منه متاعاً لم يملكه؛ لأنه محجور عليه لعدم الرشد، فلم يملك بالبيع، والقرض، كالصبي والمجنون. فإن كانت العين باقية رُدت، وإن كانت تالفة لم يجب ضمانها؛ لأن المالك إن علم بحاله، فقد دخل على بصيرة[2]، وأن ماله ضائع، وإن لم يعلم فقد فرط حين ترك الاستظهار، ودخل في معاملته على غير معرفة.

وإن غصب مالاً، وأتلفه، وجب عليه ضمانه؛ لأن حجر العبد، والصبي آكد من حجره، ثم حجر العبد والصبي لا يمنع من وجوب ضمان المتلف، فلأن لا يمنع حجر المبذر أولى.

---

(١) وهذا هو الوجه الراجح، قال النووي: «ولو عاد الفسق دون التبذير لم يعد الحجر قطعاً». (الروضة ٤/ ١٨٢).

(٢) البصيرة هنا: الاستبصار، أي على علم وأمر يبصره، والبصيرة في غير هذا الحجة، ﴿بل الإنسان على نفسه بصيرة﴾ [القيامة: ١٤]، أي هو حجة على نفسه. (النظم ١/ ٣٣٢).

فإن أودعه مالاً فأتلفه، ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجب ضمانه؛ لأنه فرط في التسليم إليه[1]، والثاني: يجب ضمانه؛ لأنه لم يرض بالإتلاف.

فإن أقر بمال لم يقبل إقراره؛ لأنه حجر عليه لحظه، فلا يصح إقراره بالمال كالصبي، ولأنا لو قلنا يصح إقراره توصل بالإقرار إلى إبطال معنى الحجر، وما لا يلزمه بالإقرار والابتياع لا يلزمه إذا فك عنه الحجر؛ لأنا أسقطنا حكم الإقرار، والابتياع لحفظ المال، فلو قلنا: إنه يلزمه إذا فك عنه الحجر لم يؤثر الحجر في حفظ المال[2].

وإن طلق امرأته صح الطلاق؛ لأن الحجر لحفظ المال، والطلاق لا يضيع المال، بل يتوفر المال عليه[3].

وإن خالع جاز؛ لأنه إذا صح الطلاق بغير مال، فلأن يصح بالمال أولى، ولا يجوز للمرأة أن تدفع إليه المال، فإن دفعته لم يصح القبض، ولم تبرأ المرأة منه، فإن تلف كان ذلك من ضمانها.

وإن تزوج من غير إذن الولي فالنكاح باطل؛ لأنه يجب به المال، فإذا صححنا من غير إذن الولي تزوج من غير حاجة، فيؤدي إلى إتلاف المال.

فإن تزوج بإذنه صح؛ لأن الولي لا يأذن إلاَّ في موضع الحاجة، فلا يؤدي إلى إتلاف ماله.

فإن باع بإذنه ففيه وجهان، أحدهما: يصح؛ لأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن

---

(١) وهذا هو الراجح بعدم الضمان إذا أتلفه، وإن تلف عنده فلا ضمان عليه قولاً واحداً. (الروضة ٤/ ١٨٤، ١٨٥).

(٢) انظر: الروضة ٤/ ١٨٥.

(٣) قال النووي: «يصح طلاقه، وخلعه، وظهاره، ورجعته، ونفيه للنسب باللعان، وشبه ذلك إذ لا تعلق بالمال». (الروضة ٤/ ١٨٥)، وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٧١ وما بعدها.

كالنكاح، والثاني: لا يصح؛ لأن القصد منه المال، وهو محجور عليه في المال[1].

فإن حلف انعقدت يمينه، فإذا حنث كفر بالصوم؛ لأنه مكلف ممنوع من التصرف بالمال، فصحت يمينه، وكفر بالصوم كالعبد.

وإن أحرم بالحج صح إحرامه؛ لأنه من أهل العبادات، فإن كان فرضاً لم يمنع من إتمامه، ويجب الإنفاق عليه إلى أن يفرغ منه؛ لأنه مال يحتاج إليه لأداء الفرض فوجب.

وإن كان تطوعاً فإن كان ما يحتاج إليه في الحج لا يزيد على نفقته لزمه إتمامه، وإن كان يزيد على نفقته فإن كان له كسب إذا أضيف إلى النفقة أمكنه الحج لزمه إتمامه، وإن لم يمكنه حلّله الولي من الإحرام، ويصير كالمحصر، ويتحلل بالصوم دون الهدي؛ لأنه محجور عليه في المال، فتحلل بالصوم دون الهدي كالعبد[2].

وإن أقر بنسب ثبت النسب؛ لأنه حق ليس بمال فقبل إقراره به كالحد، وينفق على الولد من بيت المال؛ لأن المقر محجور عليه في المال، فلا ينفق عليه من المال كالعبد.

وإن وجب له القصاص فله أن يقتص ويعفو؛ لأن القصد منه التشفي ودرك الغيظ، فإن عفا على مال وجب المال، وإن عفا مطلقاً أو عفا على غير مال، فإن قلنا: إن القتل يوجب أحد الأمرين من القصاص أو الدية وجبت الدية، ولم يصح عفوه عنها[3]، وإن قلنا: إنه لا يوجب غير القصاص سقط ولم يجب المال.

---

(١) صحح الغزالي الأول، وصحح البغوي الثاني كما لو أذن للصبي، ثم قال النووي: «قلت: هذا الثاني أصح عند الأكثرين...». (الروضة ٤/ ١٨٤).

(٢) انظر: الروضة ٤/ ١٨٦، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٧٣.

(٣) وهذا هو القول الراجح، وأن القتل يوجب أحد الأمرين من القصاص أو الدية عند الشافعية، كما سيأتي في الجنايات.

كتاب الصلح[1]

إذا كان لرجل عند رجل عين في يده، أو دين في ذمته، جاز أن يصالح منه، والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمونَ على شرُوطِهم، والصلحُ جائزٌ بين المسلمين»[2].

فإن صالح عن المال على مال فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في البيع من الخيار، ويحرم فيه ما يحرم في البيع من الغرر، والجهالة، والربا، ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة؛ لأنه باع ماله بمال فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه.

---

(١) الصلح: بضم الصاد، الاسم من المصالحة، تذكر وتؤنث، والصِلاح بكسر الصاد مصدر المصالحة، يقال: صالح صلاحاً، مثل قاتل قتالاً، وقد اصطلحا أيضاً مشددة الصاد، وهو نوع من البيع لقطع الخصومة، ولهذا قال الغزالي في «الوسيط»: إن بعض العلماء قال: إن الصلح لا يكون إلاّ بعد خصومة. (النظم ١/ ٣٣٣).

(٢) حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٣ كتاب الأقضية، باب الصلح)، والحاكم وصححه (٢/ ٤٩)، ورواه الترمذي وغيره عن عمرو بن عوف وصححه (٤/ ٥٨٤ كتاب الأحكام، باب الصلح بين الناس)، وانتقد العلماء تصحيح الترمذي لهذه الرواية. (المجموع ١٣/ ٣٨٤)، وسيرد ص ٤٠١ بلفظ «المؤمنون عند شروطهم».

وإن صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح؛ لأنه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض.

فإن صالحه من دين على عين، وتفرقا قبل القبض، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنهما تفرقا والعوض والمعوض في ضمان واحد؛ فأشبه إذا تفرقا عن دين بدين، والثاني: يصح؛ لأنه بيع عين بدين، فصار كبيع العين بالثمن في الذمة[1].

وإن صالح عن المال علي منفعة فهو إجارة، يثبت فيه ما يثبت في الإجارة من الخيار، ويبطل بما تبطل به الإجارة من الجهالة؛ لأنه استأجر منفعة بالمال، فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الإجارة.

فصل [الصلح على دار]:

وإن صالح من دار على نصفها، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه ابتاع ماله بماله، والثاني: يصح؛ لأنه لما عقد بلفظ الصلح، صار كأنه وهب النصف، وأخذ النصف.

وإن صالحه من الدار على سكناها سنة، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه ابتاع داره بمنفعتها، والثاني: يصح؛ لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كما لو أخذ الدار وأعاره سكناها سنة[2].

وإن صالحه من ألف درهم على خمسمائة، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه بيع ألف بخمسمائة، والثاني: أنه يصح؛ لأنه لما عقد بلفظ الصلح

---

(١) هذا هو الوجه الراجح، قال النووي: «فإن كان العوض عيناً صح الصلح، ولا يشترط قبضه في المجلس على الأصح». (الروضة ٤/١٩٥)، وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ١٧٨/٢.

(٢) وهذا هو الوجه الراجح في صحة الصلح عن الدار المدعاة بسكناها سنة. (الروضة ١٩٧/٤)، وكذا في الصورة السابقة، والله أعلم.

جعل كأنه قال: أبرأتك من خمسمائة، وأعطني خمسمائة[1].

فـصـل [الصلح على عوض لعين أو دين]:

وإن ادعى عليه عيناً في يده، أو ديناً في ذمته، فأنكر المدعى عليه، فصالحه منه على عوض، لم يصح الصلح؛ لأن المدعي اعتاض عما لا يملكه، فصار كمن باع مال غيره، والمدعى عليه عاوض على ملكه، فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله.

فإن جاء أجنبي إلى المدعي وصدقه على ما ادعاه، وقال صالحني منه على مال، لم يخل، إما أن يكون المدعى عيناً أو ديناً، فإن كان ديناً، نظرتَ: فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح؛ لأنه إن كان قد وكله المدعى عليه فقد قضى دينه بإذنه، وإن لم يوكله فقد قضى دينه بغير إذنه، وذلك يجوز.

فإن صالحه عن نفسه، وقال: صالحني عن هذا الدين، ليكون لي في ذمة المدعى عليه، ففيه وجهان، بناء على الوجهين في بيع الدين من غير من عليه، أحدهما: لا يصح؛ لأنه لا يقدر على تسليم ما في ذمة المدعى عليه، والثاني: يصح، كما لو اشترى وديعة في يد غيره.

وإن كان المدعى عيناً، فإن صالحه عن المدعى عليه، وقال: قد أقر لك في الباطن، ووكلني في مصالحتك، فصدقه المدعي، صح الصلح؛ لأن الاعتبار بالمتعاقدين، وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه. فجاز، ثم ينظر فيه، فإن كان قد أذن له في الصلح، ملك المدعى عليه العين؛ لأنه ابتاعه له وكيله، وإن لم يكن أذن له في الصلح لم يملك المدعى عليه العين، لأنه ابتاع له عيناً بغير إذنه، فلم يملكه، ومن أصحابنا من قال: يملكه، ويصير هذا الصلح استنقاذاً لماله، كما قال الشافعي رحمه الله في رجل في يده دار، فجعلها مسجداً، ثم ادعاها

---

(١) وهذا هو الوجه الراجح فيصح الصلح ويكون إبراء عن الباقي. (المنهاج ومغني المحتاج ١٧٨/٢).

رجل، فأنكر، فاستنقذه الجيران[1] من المدعي بغير إذن المدعى عليه، أنه يجوز ذلك.

وإن صالحه لنفسه فقال: أنا أعلم أنه لك، فصالحني، فأنا أقدر على أخذه صح الصلح؛ لأنه بمنزلة بيع المغصوب ممن يقدر على أخذه، فإن أخذه استقر الصلح وإن لم يقدر على أخذه فهو بالخيار بين أن يفسخ، ويرجع إلى ما دفع، وبين أن يصبر إلى أن يقدر، كمن ابتاع عبداً فأبق قبل القبض.

فصل [الإقرار ثم الإنكار للصلح]:

إذا أقر المدعى عليه بالحق، ثم أنكر، جاز الصلح، فإن أنكر فصولح، ثم أقر، كان الصلح باطلاً، لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث، فيصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره لوجوده بعد لزوم الحق، ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره لوجوده قبل لزوم الحق.

فصل [الإنكار والبينة والصلح]:

فلو أنكر الحق، فقامت عليه البينة، جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينة، كلزومه بالإقرار لفظاً، ويقاس عليه ما لو نكل المدعى عليه، فحلف المدعي من طريق الأولى، إذ اليمين المردودة؛ كالإقرار على أحد القولين.

فصل [الإنكار ثم الصلح]:

وإن ادعى عليه مالاً فأنكره، ثم قال: صالحني عنه لم يكن ذلك إقراراً له بالمال؛ لأنه يحتمل أنه أراد قطع الخصومة، فلم يجعل ذلك إقراراً.

فإن قال: بعني ذلك، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجعل ذلك إقراراً، وهو

---

(١) استنقذه الجيران: أي خلصوه، يقال: أنقذه من فلان، واستنقذه منه، وتنقذه بمعنى أي نجاه وخلصه، والنَقَذ بالتحريك ما أنقذته، وهو فعل بمعنى مفعول، مثل نقص وقبض. (النظم ١/ ٣٣٣).

قول الشيخ أبـي حامد الإسفراييني؛ لأن البيع والصلح واحد، فإذا لم يكن الصلح إقراراً لم يكن البيع إقراراً، والثاني: وهو قول شيخنا القاضي أبـي الطيب، أنه يجعل ذلك إقراراً؛ لأن البيع تمليك، والتمليك لا يصح إلاَّ ممن يملك[1].

فـصــل [إخراج الجناح للطريق]:

وإن أخرج جناحاً[2] إلى طريق لم يخل إما أن يكون الطريق نافذاً أو غير نافذ.

فإن كان الطريق نافذاً، نظرتَ: فإن كان الجناح لا يضر بالمارة جاز، ولم يعترض عليه، واختلفوا في علته، فمن أصحابنا من قال: يجوز؛ لأنه ارتفاق[3] بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير إضرار، فجاز كالمشي في الطريق، ومنهم من قال: يجوز؛ لأن الهواء تابع للقرار، فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير إضرار ملك الارتفاق بالهواء من غير إضرار.

فإن وقع الجناح، أو نقضه، وبادر من يحاذيه، فأخرج جناحاً يمنع من إعادة الجناح الأول، جاز؛ لأن الأول ثبت له الارتفاق بالسبق إلى إخراج الجناح، فإذا زال الجناح جاز لغيره أن يرتفق كما لو قعد في طريق واسع، ثم انتقل عنه.

فـصــل [الصلح عن الجناح]:

فإن صالحه الإمام عن الجناح على شيء لم يصح الصلح لمعنيين أحدهما: أن الهواء تابع للقرار في العقد، فلا يفرد بالعقد كالحمل، والثاني: أن ذلك حق له، فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه كالاجتياز[4] في الطريق.

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، وهو قول القاضي أبـي الطيب، قال النووي: «فالصحيح أنه إقرار، لأنه صريح في التماس التمليك». (الروضة ٤/ ١٩٨).

(٢) الجناح: بناء متعلق بخشب خارج عن الدار، مشبه بجناح الطائر. (النظم ١/ ٣٣٤).

(٣) الارتفاق: الانتفاع، ارتفق بالشيء انتفع به. (النظم ١/ ٣٣٤).

(٤) الاجتياز: هو السلوك، جاز يجوز واجتاز: إذا مشى وسلك في الطريق. (النظم ١/ ٣٣٤).

وإن كان الجناح يضر بالمارة، لم يجز، وإذا أخرجه وجب نقضه، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»[1]، ولأنه يضر بالمارة في طريقهم، فلم يجز كالقعود في المضيق، وإن صالحه الإمام من ذلك على شيء لم يجز لمعنيين، أحدهما: أن الهواء تابع للقرار، فلا يفرد بالعقد، والثاني: أن ما منع منه للإضرار بالناس لم يجز بعوض كالقعود في المضيق، والبناء في الطريق.

فصل [الإضرار بحسب الطريق]:

ويرجع فيما يضر وفيما لا يضر إلى حال الطريق[2]، فإن كان الطريق لا تمر فيه القوافل، ولا تجوز فيه الفوارس، لم يجز إخراج الجناح إلاَّ بحيث يمر الماشي تحته منتصباً، لأن الضرر يزول بهذا القدر، ولا يزول بما دونه.

وإن كان الطريق تمر فيه القوافل، وتجوز فيه الفوارس، لم يجز إلاَّ عالياً بمقدار ما تمر العمارية[3] تحته، ويمر الراكب منتصباً، وقال أبو عبيد بن حربويه: لا يجوز حتى يكون عالياً يمر الراكب ورمحه منصوب؛ لأنه ربما ازدحم الفرسان، فيحتاج إلى نصب الرماح، ومتى لم ينصبوا تأذى الناس بالرماح؛ والأول: هو المذهب؛ لأنهم يمكنهم أن يضعوا أطرافها على الأكتاف غير منصوبة فلا يتأذوا.

فصل [الجناح لدار جاره]:

وإن أخرج جناحاً إلى دار جاره من غير إذنه لم يجز، واختلف أصحابنا في تعليله، فمنهم من قال: لا يجوز؛ لأنه ارتفاق بما تعين مالكه، فلم يجز بغير إذنه

---

(١) هذا الحديث سبق بيانه ص ٢١٦ هـ ٢.

(٢) العبرة في ذلك للعادة واختلاف الأعراف والأزمان والأماكن، ولكل عصر متطلباته التي يجب صيانتها وعدم الخروج عنها، واليوم تنظم القوانين واللوائح ذلك.

(٣) وهي وسائل الهجوم في الجيوش الإسلامية، وهي أشبه بعربة تجرها الجياد مصنوعة من الخشب السميك ومصفحة بالفولاذ يتترس بها المهاجمون، وقد ترتفع إلى حدٍ يتسلق منها المقاتلون إلى أسوار الحصون. (المجموع ١٣/ ٣٩٩).

من غير ضرورة، كأكل ماله، ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأن الهواء تابع للقرار، والجار لا يملك الارتفاق بقرار دار الجار، فلا يملك الارتفاق بهواء داره، فإن صالحه صاحب الدار على شيء لم يجز؛ لأن الهواء تابع فلا يفرد بالعقد.

فصل [الجناح إلى الدرب]:

وإن أخرج جناحاً إلى درب غيرِ نافذ، نظرتَ: فإن لم يكن له في الدرب طريق لم يجز، لما ذكرناه في دار الجار، وإن كان له فيه طريق، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني؛ لأن الهواء تابع للقرار، فإذا جاز أن يرتفق بالقرار بالاجتياز، جاز أن يرتفق بالهواء بإخراج الجناح، والثاني: لا يجوز، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله، لأنه موضع تعين ملاكه، فلم يجز إخراج الجناح إليه كدار الجار[١].

فإن صالحه عنه أهل الدرب، فإن قلنا يجوز إخراج الجناح لم يجز الصلح، لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى الشارع[٢]، وإن قلنا: لا يجوز إخراجه لم يجز الصلح، لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى دار الجار.

فصل [أجذاع الساباط]:

وإن أراد أن يعمل ساباطاً[٣]، ويضع أطراف أجذاعه[٤] على حائط الجار

---

(١) إن قول الشيخ أبي الطيب هو الراجح، فلا يجوز إشراع الجناح لأهل السكة التي لا تنفذ على الأصح. (الروضة ٤/٢٠٦).

(٢) الشارع: الطريق الأعظم وأصله من مشرعة الماء، وهي طريق الواردة، والشارع أيضاً ما كان نافذ الطريقين، والزقاق ما ليس نافذاً، وكذلك الدرب، والزقاق السكة، تذكر وتؤنث، والجمع الزقان، والأزقة. (النظم ١/ ٣٣٤).

(٣) الساباط: هو بناء بين الدارين المتحاذيتين بأخشاب توضع على كل واحدة من الدارين، أو إذا كانت سقيفة بين حائطين تحتها طريق، فهو الساباط. (النظم ١/ ٣٣٥).

(٤) الجذوع والأجذاع: هي الأخشاب، واحدها جذع، يكون من النخل وغيرها. (النظم ١/ ٣٣٥).

المحاذي، لم يجز ذلك من غير إذنه؛ لأنه حمل على ملك الغير من غير ضرورة، فلم يجز من غير إذنه كحمل المتاع على بهيمة غيره، فإن صالحه منه على شيء جاز إذا عرف مقدار الأجذاع، فإن كانت حاضرة نظر إليها، وإن لم تحضر وصفها، فإن أراد أن يبني عليها ذكر سمك البناء، وما يبني به، فإن أطلق كان ذلك بيعاً مؤبداً لمغارز الأجذاع ومواضع البناء، وإن وقّت كان ذلك إجارة تنقضي بانقضاء المدة.

فصل [فتح كوة]:

ولا يجوز أن يفتح كوة[1]، ولا يسمر مسماراً في حائط جاره إلَّا بإذنه، ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره إلَّا بإذنه، لأن ذلك يوهي الحائط، ويضرّ به، فلا يجوز من غير إذن مالكه.

ولا يجوز أن يبني على حائط جاره، ولا على الحائط المشترك شيئاً من غير إذن مالكه، ولا على السطحين المتلاصقين حاجزاً، من غير إذن صاحبه؛ لأنه حمل على ملك الغير فلم يجز من غير إذن كالحمل على بهيمته.

ولا يجوز أن يجري على سطحه ماء من غير إذنه. فإن صالحه منه على عوض جاز، إذا عرف السطح الذي يجري ماؤه؛ لأنه يختلف ويتفاوت.

فصل [الجذوع على الحائط]:

وفي وضع الجذوع على حائط الجار، والحائط الذي بينه وبين شريكه، قولان، قال في «القديم»: يجوز، فإذا امتنع الجار، أو الشريك، أجبر عليه إذا كان الجذع خفيفاً لا يضر بالحائط، ولا يقدر على التسقيف إلَّا به، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يمنعَنَّ أحدُكم جارَه أن يضَع خشبَه على جِداره». قال

(١) الكوة: هي ثقب البيت، والجمع كوى وكوي أيضاً مقصور، مثل بدرة وبدر، والكوة بالضم لغة، والجمع على كوى. (النظم ١/ ٣٣٥).

أبو هريرة رضي الله عنه: «إني لأراكم عنها معرضين، والله لأرمينها بين أظهركم»[1]، ولأنه إذا وجب بذل فضل الماء للكلأ لاستغنائه عنه، وحاجة غيره، وجب بذل فضل الحائط لاستغنائه عنه، وحاجة جاره.

وقال في «الجديد»: لا يجوز بغير إذن، وهو الصحيح، لقوله ﷺ: «لا يحلُّ مالُ امرىء مسلم إلاَّ بطيبِ نفس منه»[2]، ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة، فلا يجوز بغير إذنه كالحمل على بهيمته، والبناء في أرضه، وحديث أبي هريرة نحمله على الاستحباب، وأما الماء فإنه غير مملوك في قول بعض أصحابنا، والحائط مملوك، ولأن الماء لا تنقطع مادته[3]، والحائط بخلافه.

فإن كان الجذع ثقيلاً يضر بالحائط لم يجز وضعه من غير إذنه قولاً واحداً؛ لأن الارتفاق بحق الغير لا يجوز مع الإضرار، ولهذا لا يجوز أن يخرج إلى الطريق جناحاً يضر بالمارة، وإن كان لا حاجة به إليه، لم يجبر عليه؛ لأن الفضل إنما يجب بذله عند الحاجة إليه، ولهذا يجب بذل فضل الماء عند الحاجة إليه للكلأ، ولا يجب مع عدم الحاجة، فإن قلنا: يجبر عليه، فصالح منه على مال، لم يجز؛ لأن من وجب له حق لا يؤخذ منه عوضه، وإن قلنا: لا يجبر عليه، فصالح منه على مال، جاز على ما بيناه في أجذاع الساباط.

فصل [الخشب على حائط الجار]:

إذا وضع الخشب على حائط الجار، أو الحائط المشترك، وقلنا: إنه يجبر

---

(١) حديث أبي هريرة رواه البخاري (٢/ ٨٦٩ كتاب المظالم، باب لا يمنع جاره أن يغرز خشبه في جداره)، ومسلم (١١/ ٤٧ كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار)، ورواه أحمد والترمذي وأبو داود وابن ماجه. (المجموع ١٣/ ٤٠٦).

وقوله: «لا يمنع» بالنهي على الجزم، وفي رواية «لا يمنعن» وفي رواية للبخاري «لا يمنع» بالرفع على الخبرية، وهي في معنى النهي. (المجموع ١٣/ ٤٠٧).

(٢) هذا الحديث رواه البيهقي (٦/ ٩٧، ١٠٠)، وسبق بيانه ج ٢ ص ٨٨١ هـ ٢، وسيأتي ص ٤١١.

(٣) لا تنقطع مادته: وهي الزيادة المتصلة. (النظم ١/ ٣٣٥).

في قوله «القديم» أو صالح عنه على مال في قوله الجديد، فرفعه، جاز له أن يعيده، فإن صالحه صاحب الحائط عن حقه بعوض، ليسقط حقه من الوضع، جاز؛ لأن ما جاز بيعه جاز ابتياعه، كسائر الأموال.

فـصـل [انتشار الشجرة]:

وإن كان في ملكه شجرة، فاستعلت، وانتشرت أغصانها، وحصلت في دار جاره، جاز للجار مطالبته بإزالة ما حصل في ملكه[١]، فإن لم يزله جاز للجار إزالته عن ملكه، كما لو دخل رجل إلى داره بغير إذنه، فإن له أن يطالبه بالخروج، فإن لم يخرج أخرجه.

فإن صالحه منه على مال، فإن كان يابساً، لم يجز؛ لأنه عقد على الهواء، والهواء لا يفرد بالعقد[٢]، وإن كان رطباً لم يجز لما ذكرناه[٣]؛ ولأنه صلح على مجهول؛ لأنه يزيد في كل وقت.

فـصـل [دار بين زقاق وشارع]:

وإن كان لرجل في زقاق لا ينفذ دار، وظهرها إلى الشارع، ففتح باباً من الدار إلى الشارع، جاز؛ لأن له حق الاستطراق في الشارع، فجاز أن يفتح إليه باباً من الدار.

---

(١) إن الهواء الذي تشغله الشجرة تابع للقرار الأرضي، وليس له أن ينتفع بقرار أرض جاره بغير إذنه. (المجموع ١٣/ ٤١٠).

(٢) الهواء: هنا ممدود، وهو ما بين السماء والأرض، والجمع الأهوية، وكل خال هواء، وقوله عز وجل: ﴿وأفئدتهم هواء﴾ [إبراهيم: ٤٣]، أي لا عقول لهم، والهوى: مقصور هوى النفس، والجمع الأهواء، وإذا أضفت إلى نفسك قلت: هواي، وهذا الشيء أهوى إليَّ من كذا أي أحب، وهَوِي بالكسر يهوى هوى أي أحبّ، وهَوى بالفتح يهوي هوياً وهوِياً أي سقطَ إلى أسفل. (النظم ١/ ٣٣٥).

(٣) أي ما ذكرناه في تعليل منع الصلح على اليابس. (المجموع ١٣/ ٤١٠).

وإن كان باب الدار إلى الشارع، وظهرها إلى الزقاق، ففتح باباً من الدار إلى الزقاق، نظرتَ: فإن فتحه ليستطرق الزقاق[(١)]، لم يجز؛ لأنه يجعل لنفسه حق الاستطراق في درب[(٢)] مملوك لأهله، لا حق له في طريقه، فإن قال: أفتحه ولا أجعله طريقاً، بل أغلقه، وأسمره، ففيه وجهان، أحدهما: أن له ذلك؛ لأنه إذا جاز أن يرفع جميع حائط الدار، فلأن يجوز أن يفتح فيه باباً أولى، والثاني: لا يجوز لأن الباب دليل على الاستطراق، فمنع منه[(٣)].

وإن فتح في الحائط[(٤)] كوة إلى الزقاق، جاز لأنه ليس بطريق ولا دليل عليه.

فإن كان له داران في زقاقين غير نافذين، وظهر كل واحدة من الدارين إلى الأخرى، فأنفذ إحدى الدارين إلى الأخرى، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه يجعل الزقاقين نافذين، ولأنه يجعل لنفسه الاستطراق، من كل واحد من الزقاقين إلى الدار التي ليست فيه، ويثبت لأهل كل واحد من الزقاقين الشفعة في دور الزقاق الآخر على قول من يوجب الشفعة بالطريق، والثاني: يجوز؛ وهو اختيار شيخنا القاضي رحمه الله؛ لأن له أن يزيل الحاجز بين الدارين، ويجعلهما داراً واحدة، ويترك البابين على حالهما، فجاز أن ينفذ إحداهما إلى الأخرى[(٥)].

---

(١) أي يجعله له طريقاً، والاستطراق، وهو استفعال من الطريق، كالاستحداد من الحديد، والاستجمار من الجمار، وهي الحجارة. (النظم ١/ ٣٣٦).

(٢) الدرب: معروف، وأصله المضيق في الجبل، ومنه أدرب القوم إذا دخلوا أرض العدو من بلاد الروم. (النظم ١/ ٣٣٦).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، قال النووي: «وليس لغيرهم فتح باب للاستطراق، وله فتحه إذا سمَّره في الأصح». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٨٥)، وانظر: الروضة ٤/ ٢٠٨.

(٤) الحائط: الجدار، مأخوذ من حاط يحوط إذا طاف به من جوانبه. (النظم ١/ ٣٣٦).

(٥) وهذا الوجه الثاني هو الراجح، وليس لأهل الزقاق منعه في الأصح. (الروضة ٤/ ٢٠٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٨٦).

فصل [باب في وسط درب]:

إذا كان لداره باب في وسط درب لا ينفذ، فأراد أن ينقل الباب، نظرتَ: فإن أراد نقله إلى أول الدرب جاز له؛ لأنه يترك بعض حقه من الاستطراق، وإن أراد أن ينقله إلى آخر الدرب، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه يريد أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في موضع لم يكن له[1]، والثاني: يجوز؛ لأن حقه ثابت في جميع الدرب، ولهذا لو أرادوا قسمته، كان له حق في جميعه.

فإن كان بابه في آخر الدرب، وأراد أن ينقل الباب إلى وسطه، ويجعل إلى عند الباب دهليزاً، إن قلنا: إن من بابه في وسط الدرب يجوز أن يؤخره إلى آخر الدرب لم يجز لهذا أن يقدمه؛ لأنه مشترك بين الجميع، فلا يجوز أن يختص به وإن قلنا: لا يجوز؛ جاز لهذا أن يقدمه لأنه يختص به.

فصل [حائط مشترك]:

إذا كان بين رجلين حائط مشترك فانهدم، فدعا أحدهما صاحبه إلى العمارة، وامتنع الآخر، ففيه قولان، قال في «القديم»: يجبر؛ لأنه إنفاق على مشترك يزول به الضرر عنه، وعن شريكه، فأجبر عليه، كالإنفاق على العبد، وقال في الجديد: لا يجبر؛ لأنه إنفاق على ملك لو انفرد به لم يجب؛ فإذا اشتركا لم يجب كزراعة الأرض[2]، فإن قلنا بقوله القديم، أجبر الحاكم الممتنع على الإنفاق، فإن لم يفعل، وله مال باعه، وأنفق عليه، فإن لم يكن له مال اقترض عليه، وأنفق عليه، فإذا بنى الحائط، كان بينهما، كما كان[3].

---

(١) وهذا هو الوجه الراجح، ويحق لشركائه أن يمنعوه منه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٨٥، الروضة ٤/ ٢٠٨).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٩٠.

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٩٠، الروضة ٤/ ٢١٦.

ومن له رسم خشب[1] أو غيره، أعاده، كما كان وإن أراد الشريك أن يبنيه لم يمنع منه لأنه يعيد رسماً في ملك مشترك فلم يمنع منه، كما لو كان على الحائط رسم خشب، فوقع.

فإن بنى الحائط من غير إذن الحاكم، نظرتَ: فإن بناه بآلته ونُقُضه[2] معاً عاد الحائط بينهما، كما كان برسومه وحقوقه؛ لأن الحائط عاد بعينه، وليس للباني فيه إلاَّ أثر في تأليفه.

وإن بناه بغير آلته، كان الحائط للباني، لا يجوز لشريكه أن ينتفع من غير إذنه، فإن أراد الباني نقضه، كان له ذلك؛ لأنه ملكه لا حق لغيره فيه، فجاز له نقضه؛ فإن قال له الممتنع: لا تنقض، وأنا أعطيك نصف القيمة، لم يجز له نقضه؛ لأن على هذا القول يجبر على البناء، فإذا بناه أحدهما، وبذل له الآخر نصف القيمة، وجب تبقيته، وأجبر عليه، كما أجبر على البناء، وإن قلنا بقوله «الجديد»، فأراد الشريك أن يبنيه، لم يمنع؛ لأنه يعيد رسماً في ملك مشترك، وهو عَرْصة[3] الحائط، فلم يمنع منه، فإن بناه بآلته فهو بينهما، ولكل واحد منهما أن ينتفع به، ويعيد ماله من رسم خشب.

وإن بناه بآلة أخرى فالحائط له، وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به، وإن أراد نقضه كان له؛ لأنه لا حق لغيره فيه، فإن قال له الشريك: لا تنقضه، وأنا أعطيك نصف القيمة، لم يمنع، من نقضه؛ لأن على هذا القول لو امتنع من البناء في الابتداء، لم يجبر فإذا بناه لم يجبر على تبقيته.

وإن قال: قد كان لي عليه رسم خشب، وأعطيك نصف القيمة، وأعيد رسم

---

(١) الرسم: الأثر، ورسم الدار أثرها اللاصق بالأرض. (النظم ١/ ٣٣٦).

(٢) النُقُض بالضم جمع نقض، وهو ما ينقض من البناء، ومثله النقاضة، ويجوز إسكانه للتخفيف، مثل رُسُل ورُسْل. (النظم ١/ ٣٣٦).

(٣) عَرْصة: بإسكان الراء، وهي كل بقعة بين الدور الواسعة، ليس فيها شيء من بناء، والجمع العراص والعرصات. (النظم ١/ ٣٣٦).

الخشب قلنا للباني: إما أن تمكنه من إعادة رسمه، وتأخذ نصف القيمة وإما أن تنقضه، ليبني معك، لأن القرار مشترك بينهما، فلا يجوز أن يعيد رسمَه، ويسقط حق شريكه.

فصل [العلو والسفل]:

وإن كان لأحدهما علو وللآخر سفل(١)، والسقف بينهما، فانهدم حيطان السفل، لم يكن لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء، قولاً واحداً، لأن حيطان السفل لصاحب السفل، فلا يجبر صاحب العلو على بنائه، وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على البناء؟ فيه قولان(٢)، فإن قلنا: يجبر، ألزمه الحاكم، فإن لم يفعل، وله مال باع الحاكم عليه ماله، وأنفق عليه، وإن لم يكن له مال اقترض عليه فإذا بنى الحائط، كان الحائط ملكاً لصاحب السفل؛ لأنه بُني له، وتكون النفقة في ذمته، ويعيد صاحب العلو غرفته(٣) عليه، وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب السفل؛ لأنها ملكه لا حق لصاحب السفل فيه.

وأما السقف فهو بينهما، وما ينفق عليه فهو من مالهما، فإن تبرع صاحب العلو، وبنى من غير إذن الحاكم، لم يرجع صاحب العلو على صاحب السفل بشيء، ثم ينظر فإن كان قد بناها بآلتها، كانت الحيطان لصاحب السفل؛ لأن الآلة كلها له وليس لصاحب العلو منعه من الانتفاع بها، ولا يملك نقضها؛ لأنها لصاحب السفل وله أن يعيد حقه من الغرفة، وإن بناها بغير آلتها، كانت الحيطان لصاحب العلو، وليس لصاحب السفل أن ينتفع بها، ولا أن يَتِد فيها

---

(١) السُفل والعُلو يضمان ويكسران، والضم أعلى. (النظم ١/٣٣٦).

(٢) أي القولان السابقان في هدم الحائط المشترك، فالقول القديم أنه يجبر، والقول الجديد لا يجبر، وهو الراجح، وصرح بتصحيحه النووي وغيره. (الروضة ٤/٢١٦).

(٣) الغرفة هي العلية، وجمعها غرف، وفي القرآن: ﴿غُرَف من فوقها غُرَف﴾ [الزمر: ٢٠]، (النظم ١/٣٣٧).

وتداً[1]، ولا يفتح فيها كوة من غير إذن صاحب العلو، ولكن له أن يسكن في قرار السفل؛ لأن القرار له ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان؛ لأنه لا حق لغيره فيها.

فإن بذل صاحب السفل القيمة، ليترك نقضها، لم يلزمه قبولها؛ لأنه لا يلزمه بناؤها قولاً واحداً، فلا يلزمه تبقيتها ببذل العوض، والله أعلم.

• • •

---

(١) يَتِد: مثل يَعِد ويَزِن، وأصلها يوتد كيوعد، ويوزن، فأعل بحذف الواو. (النظم ٣٣٧/١).

كتاب الحوالة

تجوز الحوالة(١) بالدين، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مَطْلُ الغني ظُلْم(٢)، فإذا أُتْبِعَ أَحَدُكم على مليءٍ فليَتْبَعْ»(٣).

---

(١) الحوالة: هي تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وهي الاسم من أحال عليه بدينه (النظم ١/ ٣٣٧).

(٢) المطل بالدين من مطلت الحديدة أمطلها، إذا ضربتها ومددتها لتطول، وكل ممدود ممطول، يقال: مطله وماطله بحقه. (النظم ١/ ٣٣٧).

(٣) حديث أبي هريرة رواه البخاري (٢/ ٧٩٩ كتاب الحوالات، باب إذا أحال على ملي فليس له رد)، ومسلم (١٠/ ٢٢٨، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة)، ورواه أصحاب السنن بلفظ المصنف، ورواه أحمد بلفظ آخر. (المجموع ١٣/ ٤٢٤).
وقوله: «مطل الغني» من إضافة المصدر إلى الفاعل، أي يحرم على الغني القادر أن يمطل صاحب الدين، بخلاف العاجز، وقيل غير ذلك، والمليء: الغني، وأصله الواسع الطويل، والمعنى إذا أحيل أحدكم على غني بماله فليحتل عليه، وليطالبه بحقه، قال الله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة: ١٧٨]، والتبيع الذي يتبعك بحق، ويطالبك، ومنه قوله تعالى: ﴿لا تجدوا لكم علينا به تبيعاً﴾ [الإسراء: ٦٩]، أي تابعاً ومطالباً يطالبنا بأن يصرفه عنكم. (النظم ١/ ٣٣٧، المجموع ١٣/ ٤٢٥).

فـصـل [الحوالة على دين]:

ولا تجوز إلاَّ على دين يجوز بيعه، كعوض القرض، وبدل المتلف، فأما ما لا يجوز بيعه كدين السلم، ومال الكتابة، فلا تجوز الحوالة به؛ لأن الحوالة بيع في الحقيقة؛ لأن المحتال يبيع ماله في ذمة المحيل بماله في ذمة المحال عليه، والمحيل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين، فلا يجوز إلاَّ فيما يجوز بيعه.

فـصـل [جنس المال المحال به]:

واختلف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز به الحوالة، فمنهم من قال: لا تجوز إلاَّ بمالَه مِثْل، كالأثمان والحبوب وما أشبهها؛ لأن القصد بالحوالة اتصال الغريم إلى حقه على الوفاء من غير زيادة، ولا نقصان، ولا يمكنه ذلك إلاَّ فيما له مثل، فوجب أن لا يجوز فيما سواه.

ومنهم من قال: تجوز في كل ما يثبت في الذمة بعقد السلم، كالثياب، والحيوان؛ لأنه مال ثابت في الذمة، يجوز بيعه قبل القبض، فجازت الحوالة به كذوات الأمثال[1].

فـصـل [الحوالة بمال معلوم]:

ولا تجوز إلاَّ بمال معلوم؛ لأنا بينا أنه بيع، فلا تجوز في مجهول، واختلف أصحابنا في إبل الدية، فمنهم من قال: لا تجوز، وهو الصحيح؛ لأنه مجهول الصفة، فلم تجز الحوالة به كغيره[2]، ومنهم من قال: تجوز؛ لأنه معلوم العدد والسن فجازت الحوالة به.

---

(١) القول الثاني هو الراجح، فتجوز الحوالة في الثياب والحيوان في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٩٤، الروضة ٤/ ٢٣١).

(٢) وهذا هو القول الراجح، قال النووي: «والأصح: المنع للجهل بصفتها». (الروضة ٤/ ٢٣١). وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٩٥.

فـصـل [التساوي بين الحقين]:

ولا تجوز إلاَّ أن يكون الحقان متساويين في الصفة، والحلول، والتأجيل[1]، فإن اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة؛ لأن الحوالة إرفاق كالقرض، فلو جوّزنا مع الاختلاف صار المطلوب طلب الفضل، فتخرج عن موضوعها.

فإن كان لرجل على رجلين ألف، على كل واحد منهما خمسمائة، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة، فأحال عليهما رجلاً له عليه ألف، على أن يطالب من شاء منهما بألف، ففيه وجهان، أحدهما: تصح؛ وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفرايني رحمه الله؛ لأنه لا يأخذ إلاَّ قدر حقه، والثاني: لا تصح، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله؛ لأنه يستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة، وذلك لا يجوز، ولأن الحوالة بيع، فإذا خيرناه بين الرجلين صار كما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين[2].

فـصـل [الحوالة على مدين]:

ولا تجوز الحوالة إلاَّ على من له عليه دين؛ لأنا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة، فإذا أحال من لا دين له عليه كان بيع معدوم، فلم تصح، ومن أصحابنا من قال: تصح إذا رضي المحال عليه؛ لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله، فصح، وإن لم يكن عليه مثله كالضمان[3]، فعلى هذا يطالب المحيل بتخليصه، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه، فإن قضاه بإذنه رجع على

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٩٤، الروضة ٤/ ٢٣١.

(٢) الراجح قول القاضي أبي الطيب رحمه الله تعالى، وهو قول ابن سريج، حتى لا يستفيد بالحوالة زيادة صنعة. (الروضة ٤/ ٢٣٩).

(٣) القول الأول هو الراجح، فلا تصح الحوالة على من لا دين عليه بناء على الأصح من أنها بيع. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٩٤).

المحيل، وإن قضاه بغير إذنه لم يرجع[1].

فـصـل [رضا المحتال]:

ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال؛ لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها، فلم يجز من غير رضى صاحب الحق[2]، كما لو أراد أن يعطيه بالدين عيناً، وهل تصح من غير رضى المحال عليه، ينظر فيه فإن كان على من لا حق له عليه، وقلنا: إنه تصح الحوالة، على من لا حق له عليه لم تجز إلاَّ برضاه، وإن كان على من له عليه حق، ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبـي سعيد الإصطخري، واختيار المزني، أنه لا تجوز إلاَّ برضاه؛ لأنه أحد من تتم به الحوالة، فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال، والثاني: وهو المذهب؛ أنه تجوز؛ لأنه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضى من عليه كالتوكيل في قبضه، ويخالف المحتال فإن الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبائع، وههنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد في البيع[3].

فـصـل [انتقال الحق بالحوالة]:

إذا أحال بالدين انتقل الحق إلى المحال عليه، وبرئت ذمة المحيل؛ لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل[4].

فـصـل [الخيار في الحوالة]:

ولا يجوز شرط الخيار فيه؛ لأنه لم يبن على المغابنة[5]، فلا يثبت فيه خيار

---

(١) القول الأول هو الراجح، وهو قول أكثر أصحابنا، وظاهر كلام المزني، لأن الحوالة معاوضة. (المجموع ١٣/ ٤٣١).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٩٣، الروضة ٤/ ٢٢٨.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، فلا يعتبر رضا المحال عليه على الأصح إن كان عليه دين للمحيل. (الروضة ٤/ ٢٢٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٩٤).

(٤) انظر: الروضة ٤/ ٢٣١، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٩٥.

(٥) المغابنة: مفاعلة من الغبن، والغبْن بالتسكين في البيع، والغَبَن بالتحريك في الرأي، يقال: =

الشرط، وفي خيار المجلس وجهان، أحدهما: يثبت؛ لأنه بيع فيثبت فيه خيار المجلس كالصلح[1]، والثاني: لا يثبت؛ لأنه يجري مجرى الإبراء، ولهذا لا يجوز بلفظ البيع، فلم يثبت فيه خيار المجلس.

فصل [إفلاس المحال عليه]:

وإن أحاله على مليء فأفلس، أو جحد الحق، وحلف عليه، لم يرجع إلى المحيل؛ لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه، فسقط حقه من الرجوع، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض.

وإن أحاله على رجل بشرط أنه مليء فبان أنه معسر، فقد ذكر المزني أنه لا خيار له، وأنكر أبو العباس هذا، وقال: له الخيار؛ لأنه غرَّه بالشرط، فثبت له الخيار كما لو باعه عبداً بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب، وقال عامة أصحابنا: لا خيار له؛ لأن الإعسار نقص، فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع، ويخالف الكتابة، فإن عدم الكتابة ليس بنقص، وإنما هو عدم فضيلة، فاختلف الأمر فيه بين أن يشرط وبين أن لا يشرط[2].

فصل [العيب في المال]:

وإن اشترى رجل من رجل شيئاً بألف، وأحال المشتري البائع على رجل بالألف، ثم وجد بالمبيع عيباً فرده، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو علي الطبري: لا تبطل الحوالة، فيطالب البائع المحال عليه بالمال، ويرجع المشتري

= غبنته في البيع بالفتح أي خدعته، وقد غبن فهو مغبون، وغَبِن رأيه بالكسر إذا نقص فهو غبين، أي ضعيف الرأي، وفيه غبانة. (النظم ١/ ٣٣٨).

(١) لعل هذا الوجه هو الراجح، لأن الحوالة بيع على المنصوص، وقال المطيعي: «وإن قلنا: إنها بيع دخلها خيار المجلس في الصرف». (المجموع ١٣/ ٤٣٤).

(٢) الراجح قول عامة الأصحاب وفقاً لقول المزني، وأنه لا يثبت له الخيار، سواء شرط يساره أم أطلق. (الروضة ٤/ ٢٣٢).

على البائع بالثمن؛ لأنه تصرف في أحد عوضي البيع، فلا يبطل بالرد بالعيب، كما لو اشترى عبداً بثوب، وقبضه، وباعه، ثم وجد البائع بالثوب عيباً فردّه، وقال أبو إسحاق: تبطل الحوالة، وهو الذي ذكره المزني في «المختصر»، فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه؛ لأن الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمناً، فإذا خرج عن أن يكون ثمناً ولم يتعلق به حق غيرهما، وجب أن تبطل الحوالة[1]، ويخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه، وباعه؛ لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين، وهو المشتري الثاني، فلم يمكن إبطاله، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما فوجب إبطالها.

وإن أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل، ثم ارتدت المرأة قبل الدخول، ففي الحوالة وجهان، بناء على المسألة قبلها.

وإن أحال البائع رجلاً على المشتري بالألف، ثم رد المشتري المبيع بالعيب، لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً؛ لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين، وهو الأجنبـي المحتال، فلم يجز إبطالها.

فـصـل [الحوالة على الحر]:

وإن أحال البائع على المشتري رجلاً بألف، ثم اتفقا أن العبد كان حراً، فإن كذبهما المحتال، لم تبطل الحوالة، كما لو اشترى عبداً وباعه، ثم اتفق البائع والمشتري أنه كان حراً، فإن أقاما على ذلك بينة لم تسمع، لأنهما كذبا البينة بدخولهما في البيع، وإن صدقهما بطلت الحوالة؛ لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن، فبطلت الحوالة[2].

---

(١) القول الثاني هو الراجح، وتبطل الحوالة إذا وجد بالمبيع عيباً فرده، وفي المسألة ثلاثة طرق، قال النووي: «قلت: المذهب البطلان»، وصححه (الرافعي) في «المحرر». (الروضة ٤/ ٢٣٣).

(٢) انظر: الروضة ٤/ ٢٣٥، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٩٦، ١٩٧.

فصل [الاختلاف بين المحيل والمحال]:

إذا أحال رجل رجلاً له عليه دين؛ على رجل له عليه دين، ثم اختلفا، فقال المحيل: وكلتك، وقال المحتال: بل أحلتني، نظرتَ: فإن اختلفا في اللفظ فقال المحيل: وكلتك بلفظ الوكالة، وقال المحتال: بل أحلتني بلفظ الحوالة، فالقول قول المحيل؛ لأنهما اختلفا في لفظه فكان القول فيه قوله.

وإن اتفقا على لفظ الحوالة، ثم اختلفا، فقال المحيل: وكلتك، وقال المحتال: بل أحلتني، ففيه وجهان، قال أبو العباس: القول قول المحتال؛ لأن اللفظ يشهد له، ومن أصحابنا من قال: القول قول المحيل، وهو قول المزني؛ لأنه يدعى بقاء الحق في الذمة، والمحتال يدعي انتقال الحق من الذمة، والأصل بقاء الحق في الذمة[1]، فإن قلنا: بقول أبـي العباس، وحلف المحتال ثبتت الحوالة، وبرىء المحيل، وثبتت له مطالبة المحال عليه، وإن قلنا بقول المزني، فحلف المحيل ثبتت الوكالة.

فإن لم يقبض المال انعزل عن الوكالة بإنكاره فإن كان قد قبض المال أخذه المحيل، وهل يرجع هو على المحيل بدينه؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يرجع؛ لأنه أقر ببراءة ذمته من دينه، والثاني: له أن يرجع؛ لأنه يقول إن كنت محتالاً فقد استرجع مني ما أخذته بحكم الحوالة، وإن كنت وكيلاً فحقي باق في ذمته، فيجب أن يعطيني[2].

وإن هلك في يده لم يكن للمحيل الرجوع عليه؛ لأنه يقر بأن ماله تلف في يد وكيله من غير عدوان، وليس للمحتال أن يطالب المحيل بحقه؛ لأنه يقر بأنه استوفى حقه، وتلف عنده.

---

(١) الراجح القول الثاني، ويصدق المحيل بيمينه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٩٧).

(٢) لعل هذا الوجه الثاني هو الراجح وقد رجحه ابن المقري تبعاً لاختيار ابن كج. (انظر: مغني المحتاج ٢/١٩٨).

وإن قال المحيل: أحلتك، وقال المحتال: بل وكلتني، فقد قال أبو العباس: القول قول المحيل؛ لأن اللفظ يشهد له، وقال المزني: القول قول المحتال؛ لأنه يدعي بقاء دينه في ذمة المحيل، والأصل بقاؤه في ذمته[1]، فإن قلنا بقول أبي العباس، فحلف المحيل برىء من دين المحتال، وللمحتال مطالبة المحال عليه بالدين؛ لأنه إن كان محتالاً فله مطالبته بمال الحوالة، وإن كان وكيلاً فله المطالبة بحكم الوكالة، فإذا قبض المال صرف إليه؛ لأن المحيل يقول: هو له بحكم الحوالة، والمحتال يقول: هو لي فيما لي عليه من الدين الذي لم يوصلني إليه، وإن قلنا: بقول المزني، وحلف المحتال ثبت أنه وكيل، فإن لم يقبض المال كان له مطالبة المحيل بماله في ذمته، وهل يرجع المحيل على المحال عليه بشيء؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يرجع؛ لأنه مقر بأن المال صار للمحتال، والثاني: يرجع؛ لأنه إن كان وكيلاً فدينه ثابت في ذمة المحال عليه، وإن كان محتالاً، فقد قبض المحتال المال منه ظلماً، وهو مقر بأن ما في ذمة المحال عليه للمحتال، فكان له قبضه عوضاً عما أخذه منه ظلماً[2].

فإن كان قد قبض المال فإن كان باقياً صرف إليه؛ لأنه قبضه بحوالة فهو له، وإن قبضه بوكالة فله أن يأخذه عما له في ذمة المحيل، وإن كان تالفاً نظرتَ: فإن تلف بتفريط لزمه ضمانه، وثبت للمحيل عليه مثل ما ثبت له في ذمته، فتقاصا، وإن تلف من غير تفريط لم يلزمه الضمان؛ لأنه وكيل ويرجع على المحيل بدينه، ويبرأ المحال عليه، لأنه إن كان محتالاً فقد وفاه حقه، وإن كان وكيلاً، فقد دفع إليه.

• • •

---

(١) قول المزني هو الراجح، ويصدق المحتال بيمينه، لأن الأصل بقاء حقه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٩٨).

(٢) هذا الوجه هو الراجح، ويرجع المحيل على المحال عليه في الأصح. (الروضة ٤/٢٣٦).

كتاب الضمان[1]

يصح ضمان الدين عن الميت، لما روى أبو قتادة قال: «أقبل بجنازة على عهد رسول الله ﷺ، فقال: هل على صاحبكم من دين؟ فقالوا: عليه ديناران، قال ﷺ: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: هما عليَّ يا رسول الله، فصلَّى عليه رسول الله ﷺ»[2]، ويصح عن الحي؛ لأنه دين لازم، فصح ضمانه كالدين على الميت.

فصل [صفات الضامن]:

ويصح ذلك من كل جائز التصرف في ماله، فأما من يحجر عليه لصغر، أو جنون، أو سفه، فلا يصح ضمانه؛ لأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح من الصبي، والمجنون، والسفيه، كالبيع.

---

(١) الضمان مشتق من ضم ذمة إلى ذمة، وقيل مشتق من التضمين، ومعناه: تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه، وقد غلط من قال: مأخوذ من الضم، فإن النون أصليه فيه، وهذا لام الفعل منه ميم، وأصله ضمم، والضمان لام الفعل منه نون. (النظم ١/ ٣٣٩، المجموع ١٣/ ٤٤٦).

(٢) حديث أبـي قتادة رواه البخاري عن سلمة بن الأكوع بلفظ آخر (٢/ ٨٠٠ كتاب الحوالات، باب إذا أحال دين الميت على رجل جاز، ٢/ ٨٠٣ كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت ديناً)، ورواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه وابن ماجه. (المجموع ١٣/ ٤٥٠).

ومن حجر عليه للفلس، يصح ضمانه؛ لأنه إيجاب مال في الذمة بالعقد، فصح من المفلس كالشراء بثمن في الذمة. وأما العبد فإنه إن ضمن بغير إذن المولى، ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: يصح ضمانه، ويتبع به إذا عتق؛ لأنه لا ضرر فيه على المولى؛ لأنه يطالب به بعد العتق، فصح منه كالإقرار بإتلاف ماله، وقال أبو سعيد الإصطخري: لا يصح، لأنه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح منه بغير إذن المولى كالنكاح[(١)]، فإن ضمن بإذن مولاه صح ضمانه؛ لأن الحجر لحقه فزال بإذنه، ومن أين يقضي؟ ينظر فيه! فإن قال له المولى: اقضه من كسبك، قضاه منه، وإن قال: اقضه مما في يدك للتجارة، قضاه منه؛ لأن المال له، وقد أذن له فيه، وإن لم يذكر القضاء ففيه وجهان، أحدهما: يتبع به إذا عتق؛ لأنه أذن في الضمان دون الأداء، والثاني: يقضي من كسبه، إن كان له كسب، أو مما في يده إن كان مأذوناً له في التجارة، لأن الضمان يقتضي الغرم، كما يقتضي النكاح المهر[(٢)].

ثم إذا أذن له في النكاح وجب قضاء المهر مما في يده، فكذلك إذا أذن له في الضمان، وجب قضاء الغرم مما في يده، فإن كان على المأذون له دين، وقلنا: إن دين الضمان يقضيه مما في يده، فهل يشارك فيه الغرماء؟ فيه وجهان، أحدهما: يشارك به؛ لأن المال للمولى، وقد أذن له في القضاء منه، إما بصريح الإذن أو من جهة الحكم فوجب المشاركة به، والثاني: أنه لا يشارك به؛ لأن المال تعلق به الغرماء فلا يشارك بمال الضمان، كالرهن[(٣)]، وأما المكاتب، فإنه ضمن بغير إذن المولى، فهو كالعبد القن.

---

(١) الراجح قول أبي سعيد الإصطخري، قال النووي: «وضمان عبد بغير إذن سيده باطل في الأصح، ويصح بإذنه». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ١٩٩).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويتعلق الضمان بما يكسبه بعد الإذن كالمهر. (الروضة ٤/ ٢٤٣).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، فلا يشارك الغرماء، ويتعلق حقه بما فضل عن حقوقهم، وفي المسألة وجه ثالث. (الروضة ٤/ ٢٤٣).

وإن ضمن بإذنه، فهو تبرع، وفي تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان، نذكرهما في المكاتب إن شاء الله تعالى.

فصل [رضا المضمون عنه وله]:

ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه؛ لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه، جاز ضمان ما عليه من غير رضاه.

واختلف أصحابنا في رضا المضمون له، فقال أبو علي الطبري: يعتبر رضاه؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم، فشرط فيه رضاه، كالثمن في البيع، وقال أبو العباس: لا يعتبر؛ لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي، ولم يعتبر النبي ﷺ رضا المضمون له[1].

فصل [معرفة المضمون له وعنه]:

وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه؟ فيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه، ليعلم أنه هل هو ممن يسدى إليه الجميل[2]؟ ويفتقر إلى معرفة المضمون له، ليعلم هل يصلح لمعاملته أم لا يصلح؟ كما يفتقر إلى معرفة ما تضمنه من المال، هل يقدر عليه أم لا يقدر عليه؟ والثاني: أنه يفتقر إلى معرفة المضمون له؛ لأن معاملته معه، ولا يفتقر إلى معرفة المضمون عنه؛ لأنه لا معاملة بينه وبينه، والثالث: أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما؛ لأن أبا قتادة ضمن عن الميت، ولم يسأله النبي ﷺ عن المضمون له والمضمون عنه[3].

---

(١) الراجح قول أبي العباس، قال النووي: «ولا يشترط قبوله ولا رضاه». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٠٠، الروضة ٤/ ٢٤١).

(٢) أي يصاب بفعله الجميل، يقال: طلبت أمراً فأسديته أي أصبته، وإن لم تصبه قلت أعمسته. (النظم ١/ ٣٤٠).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ويشترط معرفة المضمون له في الأصح، ولا يشترط معرفة المضمون عنه في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٠٠، الروضة ٤/ ٢٤١).

فصل [شرط الضمان في البيع]:

وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن، لم يجز حتى يعين الضامن؛ لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن، كما يختلف باختلاف ما يرهن من الرهون، وإن شرط أن يضمنه ثقة[1]، لم يجز حتى يعين؛ لأن الثقات يتفاوتون، فإن لم يف له بما شرط من الضمين، ثبت للبائع الخيار؛ لأنه دخل في العقد بشرط الوثيقة، ولم يسلم له الشرط، فثبت له الخيار، كما لو شرط له رهناً ولم يف له بالرهن.

وإن شرط أن يشهد له شاهدين، جاز من غير تعيين؛ لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الشهود، فإن عين له شاهدين، فهل يجوز إبدالهما بغيرهما؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز، كما لا يجوز في الضمان، والثاني: يجوز؛ لأن الغرض لا يختلف.

فصل [ضمان الدين اللازم]:

ويصح ضمان كل دين لازم، كالثمن، والأجرة وعوض القرض، ودين السلم، وأرش الجناية، وغرامة المتلف؛ لأنه وثيقة يستوفى منها الحق، فصح في كل دين لازم، كالرهن[2].

وأما ما لا يلزم بحال، وهو دين الكتابة، فلا يصح ضمانه؛ لأنه لا يلزم المكاتب أداؤه، فلم يلزم ضمانه، ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين، ودين الكتابة لا يمكن توثيقه؛ لأنه يملك إسقاطه إذا شاء، فلا معنى لضمانه، وفي مال الجعالة، والثمن في مدة الخيار، ثلاثة أوجه، أحدها: لا يصح ضمانه؛ لأنه دين غير لازم فلم يصح ضمانه كدين الكتابة، والثاني: يصح؛ لأنه يؤول إلى اللزوم، فصح ضمانه، والثالث: يصح ضمان الثمن في مدة الخيار، ولا يصح ضمان مال

---

(١) الثقة: هو الأمين، يقال: وثق به إذا ائتمنه، وهو محذوف الفاء مثل شية وعدة. (النظم ١/ ٣٤٠).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٠١.

الجعالة؛ لأن عقد البيع يؤول إلى اللزوم، وعقد الجعالة لا يلزم بحال(١).

فأما المال المشروط في السبق والرمي، ففيه قولان، أحدهما: أنه كالإجارة، فيصح ضمانه، والثاني: أنه كالجعالة فيكون في ضمانه وجهان(٢).

فصل [عدم ضمان المجهول]:

ولا يجوز ضمان المجهول، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي، فلم يجز مع الجهالة، كالثمن في البيع، وفي إبل الدية وجهان، أحدهما: لا يجوز ضمانه؛ لأنه مجهول اللون والصفة، والثاني: أنه يجوز؛ لأنه معلوم السن والعدد، ويرجع في اللون والصفة إلى عرف البلد(٣).

فصل [عدم ضمان ما لم يجب]:

ولا يصح ضمان ما لم يجب، وهو أن يقول: ما تداين فلان فأنا ضامن له، لأنه وثيقة بحق، فلا يسبق الحق، كالشهادة.

فصل [تعليق الضمان على شرط]:

ولا يجوز تعليقه على شرط؛ لأنه إيجاب مال لآدمي بعقد، فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع، وإن قال: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه، صح، فإذا ألقاه وجب ما ضمنه؛ لأنه استدعاء إتلاف بعوض، لغرض صحيح، فأشبه إذا قال: طلق امرأتك، أو أعتق عبدك على ألف.

---

(١) الوجه الثالث هو الراجح، فيصح ضمان الثمن في مدة الخيار في الأصح، أما الجعالة فيصح ضمانه بعد الفراغ من العمل قطعاً، ولا يصح ضمانه قبل الفراغ من العمل، ولو بعد الشروع في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٠٢، الروضة ٤/ ٢٥٠).

(٢) قال النووي: «وضمان مال المسابقة إن جعلناها إجارة صح، وإلاَّ فكالجعل». (الروضة ٤/ ٢٥٠).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ويصح ضمان إبل الدية في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٠٣).

وإن قال: بع عبدك من زيد بخمسمائة، ولك علي خمسمائة أخرى، فباعه، ففيه وجهان، أحدهما: يصح البيع، ويستحق ما بذله؛ لأنه مال بذله في مقابلة إزالة الملك، فأشبه إذا قال: طلق امرأتك، أو أعتق عبدك على ألف. والثاني: لا يصح؛ لأنه بذل مال لغرض غير صحيح، فلم يجز، ويخالف ما بذله في الطلاق والعتق، فإن ذلك بذل مال لغرض صحيح، وهو تخليص المرأة من الزوج، وتخليص العبد من الرق.

فصل [ضمان الدين لأجل]:

ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل، لأنه رفق ومعروف، فكان على حسب ما يدخل فيه، وهل يجوز أن يضمن المؤجل حالاً؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلاً[1]، والثاني: لا يجوز؛ لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه، فلا يجوز أن يكون الفرع معجلاً، والأصل مؤجلاً.

فصل [عدم الخيار في الضمان]:

ولا يثبت في الضمان خيار؛ لأن الخيار لدفع الغبن، وطلب الحظ، والضامن يدخل في العقد على بصيرة أنه مغبون، وأنه لا حظ له في العقد، ولهذا يقال: الكفالة أولها ندامة، وأوسطها ملامة، وآخرها غرامة[2].

فصل [الشروط الفاسدة في الضمان]:

ويبطل بالشروط الفاسدة، لأنه عقد يبطل بجهالة المال، فبطل بالشرط الفاسد، كالبيع.

وإن شرط ضماناً فاسداً في عقد بيع، فهل يبطل البيع؟ فيه قولان، كالقولين

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، وأنه يصح ضمان المؤجل حالاً، لكنه لا يلزمه التعجيل. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٠٧).

(٢) انظر: الروضة ٤/ ٢٦٠.

في الرهن الفاسد إذا شرطه في البيع، وقد بينا وجه القولين في الرهن[1].

فصل [ضم ذمة الضامن للمضمون عنه]:

ويجب بالضمان الدين في ذمة الضامن، ولا يسقط عن المضمون عنه، والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه، قال: «توفي رجل منا، فأتينا النبي ﷺ ليصلي عليه، فخطا خطوة، ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران، فتحملهما أبو قتادة، ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس، ثم أعاد عليه بالغد، قال: قد قضيتهما، قال: الآن بردت عليه جلده»[2]، ولأنه وثيقة بدين في الذمة فلا يسقط الدين عن الذمة كالرهن، ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن، والمضمون عنه، لأن الدين ثابت في ذمتهما، فكان له مطالبتهما[3].

فإن ضمن عن الضامن ثالث جاز؛ لأنه ضمان دين ثابت، فجاز كالضمان الأول.

وإن ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز، لأن المضمون عنه أصل، والضامن فرع، فلا يجوز أن يصير الأصل فرعاً، والفرع أصلاً، ولأنه يضمن ما فيه ذمته، ولأنه لا فائدة في ضمانه، وهو ثابت في ذمته.

---

(١) سبق بيان ذلك صفحة ٢١٠ ــ ٢١١، وأن فيه قولين، وبينا في الهامش ١، ص ٢١١ أن القول الراجح هو بطلان البيع إذا بطل الرهن. (وانظر: المنهاج ٢/ ١٢٢، الروضة ٤/ ٥٨).

(٢) حديث جابر رواه أحمد (٣/ ٣٣٠)، وأبو داود (٢/ ٢٢١ كتاب البيوع، باب التشديد في الدين)، والنسائي (٤/ ٥٣ كتاب الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين)، قال الترمذي: وفي الباب عن جابر وسلمة بن الأكوع (٤/ ١٨٠ كتاب الجنائز، باب المديون)، والدارقطني (٣/ ٧٩)، وصححه ابن حبان والحاكم. (المجموع ١٣/ ٤٦٧).

(٣) قال النووي: «وللمستحق مطالبة الضامن والأصيل». (المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٢٠٨).

فـصــل [الإذن في الضمان]:

وإن ضمن عن رجل ديناً بغير إذنه، لم يجز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه، لأنه لم يدخل فيه بإذنه، فلم يلزمه تخليصه.

وإن ضمن بإذنه نظرتَ: فإن طالبه صاحب الحق، جاز له مطالبته بتخليصه؛ لأنه إذا جاز أن يغرمه إذا غرم، جاز أن يطالبه إذا طولب[1]، وإن لم يطالب، ففيه وجهان، أحدهما: له أن يطالبه؛ لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه، فجاز له المطالبة بتفريغ ذمته، كما لو أعاره عيناً ليرهنها، فرهنها، والثاني: ليس له، وهو الصحيح؛ لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرم لم يطالبه قبل أن يطالب، ويخالف إذا أعاره عيناً ليرهنها، فرهنها، لأن عليه ضرراً في حبس العين، والمنع من التصرف فيها، ولا ضرر عليه في دين في ذمته، لا يطالب به[2].

فإن دفع المضمون عنـه مالاً إلى الضامن، وقال: خذ هذا بدلاً عما يجب لك بالقضـاء، ففيـه وجهـان، أحدهما: يملكه؛ لأن الرجـوع يتعلـق بسببين: الضمـان، والغـرم، وقـد وجد أحدهما، فجاز تقديمه على الآخـر[3]، كإخـراج الزكاة قبل الحول وإخراج الكفارة قبل الحنث، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه على ما قبض، وإن أبرىء من الدين قبل القضاء، وجب رد ما أخذ، كما يجب رد ما عجل من الزكاة، إذا هلك النصاب قبل الحول، والثاني: لا يملك؛ لأنه أخذه بدلاً عما يجب في الثاني فلا يملكه، كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده، فعلى هذا يجب رده، فإن هلك ضمنه، لأنه قبضه على وجه البدل، فضمنه كالمقبوض بسوم البيع.

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٠٩، الروضة ٤/ ٢٦٥.

(٢) قال النووي: «والأصح أنه لا يطالبه قبل أن يطالب». (المنهج ومغني المحتاج ٢/ ٢٠٩)، وانظر: الروضة ٤/ ٢٦٥.

(٣) وهذا الوجه هو الراجح، وأن الضامن يملك المدفوع له. (الروضة ٤/ ٢٦٥).

فصل [قبض المضمون له وإبراؤه]:

وإن قبض المضمون له الحق من المضمون عنه، برىء الضامن؛ لأنه وثيقة بحق، فانحلت بقبض الحق كالرهن.

وإن قبضه من الضامن برىء المضمون عنه، لأنه استوفى الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الدين، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن.

وإن أبرىء المضمون عنه برىء الضامن؛ لأن الضامن وثيقة بالدين، فإذا أبرىء من عليه الدين انحلت الوثيقة، كما ينحل الرهن إذا أبرىء الراهن من الدين.

وإن أبرىء الضامن، لم يبرأ المضمون عنه؛ لأن إبراءه إسقاط وثيقة من غير قبض، فلم يبرأ به من عليه الدين، كفسخ الرهن.

فصل [قضاء الضامن الدين]:

وإن قضى الضامن الدينَ نظرتَ: فإن ضمن بإذن المضمون عنه، وقضى بإذنه، رجع عليه؛ لأنه أذن له في الضمان والقضاء[1]، وإن ضمن بغير إذنه، وقضى بغير إذنه، لم يرجع؛ لأنه تبرع بالقضاء، فلم يرجع.

وإن ضمن بغير إذنه، وقضى بإذنه، ففيه وجهان، من أصحابنا من قال: يرجع؛ لأنه قضى بإذنه، والثاني: لا يرجع؛ لأنه المذهب؛ لأنه لزمه بغير إذنه، فلم يؤثر إذنه في قضائه[2].

وإن ضمن بإذنه، وقضى بغير إذنه، فالمنصوص أنه يرجع عليه[3]، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة؛ لأنه اشتغلت ذمته بالدين بإذنه، فإذا استوفى منه رجع، كما لو أعاره مالاً فرهنه في دينه، وبيع في الدين، وقال أبو إسحاق: إن أمكنه أن

---

(١) انظر: الروضة ٤/٢٦٦.

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، فلا رجوع في الأصح. (الروضة ٤/٢٦٦).

(٣) وهو الأصح أن يرجع عليه إن ضمن بالإذن، وقضى بغير الإذن. (الروضة ٤/٢٦٦).

يستأذنه لم يرجع؛ لأنه قضاه باختياره، وإن لم يمكنه رجع؛ لأنه قضاه بغير اختياره.

وإن أحاله الضامن على رجل له عليه دين برئت ذمة المضمون عنه، لأن الحوالة بيع، فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضاً.

وإن أحاله على من لا دين له عليه، وقبل المحال عليه، وقلنا: يصح برىء الضامن؛ لأن بالحوالة تحوّل ما ضمن، ولا يرجع على المضمون عنه؛ لأنه لم يغرم، فإن قبضه منه، ثم وهبه له فهل يرجع على الضامن؟ فيه وجهان، بناء على القولين في المرأة إذا وهبت الصداق من الزوج، ثم طلقها قبل الدخول[١].

فصل [رجوع الضامن على المضمون]:

وإن دفع الضامن إلى المضمون له ثوباً عن الدين في موضع يثبت له الرجوع، رجع بأقل الأمرين من قيمة الثوب أو قدر الدين، فإن كان قيمة الثوب عشرة، والدين عشرين، لم يرجع بما زاد على العشرة؛ لأنه لم يغرم.

وإن كان قيمة الثوب عشرين والدين عشرة، لم يرجع بما زاد على العشرة؛ لأنه تبرع بما زاد فلا يرجع به.

وإن كان الدين الذي ضمنه مؤجلاً، فعجل قضاءه، لم يرجع به قبل المحل، لأنه تبرع بالتعجيل.

فصل [ضمان الدرك]:

ويصح ضمان الدرك[٢] على المنصوص، وخرج أبو العباس قولاً آخر أنه

---

(١) قال النووي: «حوالة الضامن المضمون له على إنسان وقبوله حوالة المضمون له عليه، ومصالحتهما عن الدين على عوض، وصيرورة الدين ميراثاً للضامن، كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه». (الروضة ٤/ ٢٦٧).

(٢) الدرك: بفتح الراء وسكونها، التبعة، يقال: ما لحقك من درك فعليَّ خلاصه، وأصله من =

لا يصح؛ لأنه ضمان ما يستحق من المبيع، وذلك مجهول، والصحيح أنه يصح قولاً واحداً؛ لأن الحاجة داعية إليه؛ لأنه يسلم الثمن، ولا يأمن أن يستحق عليه المبيع، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهناً، لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهناً، ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة؛ لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة، فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان، ولا يمكن أن يجعل القدر الذي يستحق معلوماً، فعفي عن الجهالة فيه، كما عُفي عن الجهل بأساس الحيطان، ويخالف ضمان المجهول؛ لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين، ثم يضمنه.

وفي وقت ضمانه وجهان، أحدهما: لا يصح حتى يقبض البائع الثمن؛ لأنه قبل أن يقبض ما وجب له شيء، وضمان ما لم يجب لا يصح[1]، والثاني: يصح قبل قبض الثمن؛ لأن الحاجة داعية إلى هذا الضمان في عقد البيع، فجاز قبل قبض الثمن.

وإن اشترى جارية، وضمن دركها، فخرج بعضها مستحقاً، فإن قلنا: إن البيع يصح في الباقي رجع بثمن ما استحق، وإن قلنا: يبطل البيع في الجميع، رجع على الضامن بثمن ما استحق، وهل يرجع عليه بثمن الباقي؟ فيه وجهان، أحدهما: يرجع عليه؛ لأنه بطل البيع فيه لأجل الاستحقاق، فضمن كالمستحق، والثاني: لا يرجع؛ لأنه لم يضمن إلاَّ ما يستحق، فلم يضمن ما سواه.

وإن ضمن الدرك، فوجد بالمبيع عيباً، فرده، فهل يرجع على الضامن بالثمن؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يرجع، وهو قول المزني وأبي العباس؛ لأنه زال ملكه عنه بأمر حادث، فلم يرجع عليه بالثمن، كما لو كان شقصاً فأخذه

= اللحوق، يقال: أدركه إذا لحقه بعدما مضى، لأنه يكون بعد مضي البيع. (النظم ١/ ٣٤٢، المجموع ١٣/ ٤٨٠)، وانظر تعريف النووي لضمان الدرك في (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٠١).

(١) هذا الوجه الأول هو الراجح، فالمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٠١).

الشفيع[1]، والثاني: يرجع؛ لأنه رجع إليه الثمن بمعنى قارن العقد، فثبت له الرجوع على الضامن، كما لو خرج مستحقاً، وإن وجد به العيب، وقد حدث عنده عيب، فهل يرجع بأرش العيب؟ على ما ذكرناه من الوجهين.

فصل [كفالة البدن]:

وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب[2]، وقال في «الدعاوى والبينات»: إن كفالة البدن ضعيفة، فمن أصحابنا من قال: تصح قولاً واحداً، وقوله: ضعيفة، أراد من جهة القياس، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: أنها لا تصح؛ لأنه ضمان عين في الذمة، بعقد، فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها، والثاني: يصح، وهو الأظهر؛ لما روى أبو إسحاق السبيعي، عن حارثة بن مُضرِّب، قال: صليت مع عبد الله بن مسعود الغداةَ، فلما سلم، قام رجل فحمد الله، وأثنى عليه، وقال أما بعد، فوالله، لقد بت البارحة وما في نفسي على أحد إحنة[3]، وإني كنت استطرقت[4] رجلاً من بني حنيفة، وكان أمرني أن

---

(١) هذا الوجه الأول هو الأولى، وأن المشتري لا يرجع على الضامن في الأصح إذا وجد بالمبيع عيب ورده. (الروضة ٤/٢٤٨).

(٢) أي المنصوص في أكثر كتب الشافعي. (المجموع ١٣/٤٨٧)، وكفالة البدن تسمى كفالة الوجه، وهي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة إليه. (مغني المحتاج ٢/٢٠٣).

(٣) البارحة: الليلة الماضية، وهي أقرب ليلة مضت، تقول: لقيته البارحة، ولقيته البارحة الأولى، وهو من برح إذا زال، وفي المثل: ما أشبه الليلة بالبارحة.
والإحنة: العداوة والحقد، يقال: في صدره عليّ إحنة أي حقد، ولا يقال: حنة، والجمع إحن. (النظم ١/٣٤٢).

(٤) استطرقت: أي طلبت منه أن ينزي فرسه الذكر على فرسي الأنثى، وأصله الطَّرْق بفتح الطاء، ماء الفحل، يقال: طرق الفحل طروقاً أي قعى عليها، وطروقة الفحل أنثاه. (النظم ١/٣٤٣).

آتيه بغلس[1]، فانتهيت إلى مسجد بني حنيفة مسجد عبدالله بن النواحة، فسمعت مؤذنهم يشهد أن لا إله إلاَّ الله، وأن مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعي، وكففت فرسي، حتى سمعت أهل المسجد قد تواطؤوا[2] على ذلك، فقال عبد الله بن مسعود: عليَّ بعبد الله بن النواحة، فحضر، واعترف، فقال له عبد الله: أين ما كنت تقرأ من القرآن؟ قال: كنت أتقيكم به، فقال له: تب، فأبى، فأمر به، فأخرج إلى السوق، فجز رأسه، ثم شاور أصحاب محمد ﷺ في بقية القوم، فقال عدي بن حاتم: ثؤلول كفر، قد أطلع رأسه فاحسمه[3]، وقال جرير بن عبد الله، والأشعث بن قيس: استتبهم، فإن تابوا كفلهم عشائرهم[4]، فاستتابهم، فتابوا، وكفلهم عشائرهم[5]، ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد، فجاز الكفالة به كالدين.

فإن قلنا: تصح جازت الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين؛ لأنه حق لازم لآدمي، فصحت الكفالة به كالدين.

وإن كان عليه حد فإن كان لله تعالى لم تصح الكفالة به؛ لأن الكفالة للاستيثاق، وحق الله تعالى مبني على الدرء، والإسقاط، فلم يجز الاستيثاق بمن عليه.

وإن كان قِصَاصاً أو حد قذف، ففيه وجهان، أحدهما: لا تصح؛ لأنه لا تصح الكفالة بما عليه، فلم تصح الكفالة به، كمن عليه حد لله تعالى، والثاني:

---

(١) الغَلَس: ظلمة آخر الليل. (النظم ١/ ٣٤٣).
(٢) تواطؤوا: أي توافقوا، والمواطأة: الموافقة. (النظم ١/ ٣٤٣).
(٣) الثؤلول واحد الثآليل، وهي بثور تخرج في بدن الإنسان يابسة صلبة كأنها رؤوس المسامير، فاحسمه: فاقطعه، والحسم القطع باستئصال، والحسام: السيف القاطع، وفي الحديث «أنه عليكم بالصوم فإنه محسمة للعروق، ومذهبة للأشر». (النظم ١/ ٣٤٣).
(٤) العشيرة: القبيلة، والجمع العشائر، والعشير أيضاً الصاحب المعاشر المخالط. (النظم ١/ ٣٤٣).
(٥) أثر أبـي إسحاق السبيعي أخرجه أبو داود. (المجموع ١٣/ ٤٨٥).

تصح؛ لأنه حق لآدمي فجازت الكفالة ببدن من عليه كالدين[1].

ومن عليه دين غير لازم كالمكاتب، لا تجوز الكفالة ببدنه؛ لأن الحضور لا يلزمه، فلا تجوز الكفالة به، كدين الكتابة.

فصل [كفالة البدن مع دين مجهول]:

وإن كان عليه دين مجهول، ففيه وجهان، قال أبو العباس: لا تصح الكفالة ببدنه؛ لأنه قد يموت المكفول به، فيلزمه الدين، فإذا كان مجهولاً لم تمكن المطالبة، والثاني: أنه تصح، وهو المذهب؛ لأن الكفالة بالبدن لا تعلق لها بالدين[2].

فصل [الكفالة ببدن الكفيل]:

وتصح الكفالة ببدن الكفيل، كما يصح ضمان الدين عن الضمين.

فصل [الكفالة حالة ومؤجلة]:

وتجوز الكفالة حالاً ومؤجلاً، كما يجوز ضمان الدين حالاً ومؤجلاً، وهل يجوز إلى أجل مجهول؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه تبرع من غير عوض، فجاز في المجهول، كإباحة الطعام، والثاني: لا يجوز؛ لأنه إثبات حق في الذمة لآدمي، فلا يجوز إلى أجل مجهول، كالبيع[3]، ويخالف الإباحة، فإنه لو أباحه أحد الطعامين جاز، ولو تكفل ببدن أحد الرجلين، لم يجز.

فصل [الكفالة للتسليم]:

وتجوز الكفالة به ليسلم في مكان معين، وتجوز مطلقاً، فإن أطلق وجب

---

(١) هذا الوجه الثاني هو الراجح، وأن المذهب صحة الكفالة في القصاص وحد القذف والتعزير. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٠٣، الروضة ٤/٢٥٣).

(٢) قال النووي: «فتجوز ببدن من عليه دين». (الروضة ٤/٢٥٣).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، وتصح الكفالة إلى أجل مجهول. (المجموع ١٣/٤٩١).

التسليم في موضع العقد، كما تجوز حالاً ومؤجلاً، وإذا أطلق وجب التسليم في حال العقد.

فصل [الكفالة بالبدن من غير إذن]:

ولا تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول؛ لأنه إذا تكفل به من غير إذنه لم يقدر على تسليمه[1]، ومن أصحابنا من قال: تصح، كما تصح الكفالة بالدين من غير إذن من عليه الدين.

فصل [الكفالة بعضو]:

وإن تكفل بعضو منه، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يصح؛ لأن في تسليمه تسليم جميعه، والثاني: لا تجوز؛ لأن إفراد العضو بالعقد لا يصح، وتسريته إلى الباقي لا تمكن؛ لأنه لا سراية له، فبطلت، والثالث: إن كان العضو لا يبقى البدن دونه، كالرأس والقلب، جاز؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلاَّ بتسليم البدن، وإن كان عضواً يبقى البدن دونه، كاليد والرجل، لم يصح؛ لأنه قد يقطع فيبرأ مع بقائه[2].

فصل [إحضار المكفول به قبل المحل]:

وإن أحضر المكفول به قبل المحل، أو في غير الموضع الذي شرط فيه التسليم، فإن كان عليه في قبوله ضرر، أوله في رده غرض، لم يلزمه قبوله، وإن لم يكن عليه ضرر، ولا له في رده غرض، وجب قبوله، فإن لم يتسلمه أحضره عند الحاكم، ليتسلم عنه، ويبرأ كما قلنا في دين السلم.

---

(١) قال النووي: «يشترط رضا المكفول ببدنه على الصحيح، ولا يشترط رضا المكفول له على الصحيح». (الروضة ٤/ ٢٥٩).

(٢) الوجه الأصح أن الكفالة بعضو منه باطلة، كالبيع والإجارة، وهو قول الشيخ أبـي حامد والقاضي أبـي الطيب، واختاره ابن الصباغ، وقطع الماوردي بترجيح الثالث، وقال صاحب التهذيب: إنه الأصح، وفي المسألة وجه رابع. (الروضة ٤/ ٢٦٢).

وإن أحضره وهناك يد حائلة لم يبرأ؛ لأن التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل. ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه، وإن سلمه وهو في حبس الحاكم صح التسليم؛ لأن حبس الحاكم ليس بحائل، ويمكن إحضاره ومطالبته بما عليه من الحق.

وإن حضر المكفول به بنفسه، وسلم نفسه، برىء الكفيل، كما يبرأ الضامن، إذا أدى المضمون عنه الدين.

وإن غاب المكفول به إلى موضع لا يعرف خبره لم يطالب به، وإن غاب إلى موضع يعلم خبره لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن فيه الذهاب والمجيء؛ لأن ما لزم تسليمه لم يلزم إلاّ بإمكان التسليم.

فإن مضى زمان الإمكان ولم يفعل حبس الكفيل إلى أن يحضره، فإن أبرأه المكفول له من الكفالة برىء، كما يبرأ الضامن إذا أبرأه المضمون له.

فإن جاء رجل وقال: أبرىء الكفيل، وأنا كفيل بمن تكفل به، ففيه وجهان، قال أبو العباس: يصح؛ لأنه نقل الضمان إلى نفسه، فصار كما لو ضمن رجل مالاً، فأحال الضامن المضمون له على آخر، وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب الطبري رحمهما الله: لا يصح؛ لأنه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل، وذلك شرط فاسد، فمنع صحة العقد[١].

وإن تكفل ببدن رجل لنفسين، فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر؛ لأنه ضمن تسليمين، فلم يبرأ بأحدهما، كما لو ضمن لهما دينين، فأدى دين أحدهما.

وإن تكفل اثنان لرجل ببدن رجل، فأحضره أحدهما، فقد قال شيخنا القاضي أبو الطيب رحمه الله: إنه لا يبرأ الآخر؛ لأنه لو أبرىء أحدهما لم يبرأ

---

(١) وهذا الوجه هو الراجح، وهو قول الأكثرين. (الروضة ٤/٢٦٣).

الآخر، فإذا سلمه أحدهما لم يبرأ الآخر، وعندي أنه يبرأ؛ لأن المستحق إحضاره، وقد حصل، فبرئا، كما لو ضمن رجلان ديناً، فأداه أحدهما، ويخالف الإبراء، فإن الإبراء مخالف للأداء، والدليل عليه أن في ضمان المال لو أبرىء أحد الضامنين لم يبرأ الآخر، ولو أدى أحد الضامنين برىء[1].

فصل [موت المكفول به]:

وإن تكفل ببدن رجل، فمات المكفول به، برىء الكفيل، وقال أبو العباس: يلزمه ما على المكفول به من الدين؛ لأنه وثيقة، فإذا مات من عليه الدين، وجب أن يستوفى الدين منها، كالرهن، والمذهب الأول؛ لأنه لم يضمن الدين فلا يلزمه[2].

فصل [الكفالة بعين]:

وإن تكفل بعين، نظرتَ: فإن كان أمانة كالوديعة لم يصح؛ لأنه إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده، فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى، وإن كان عيناً مضمومة كالمغصوب، والعارية، والمبيع قبل القبض، ففيه وجهان، بناء على القولين في كفالة البدن[3]، فإن قلنا: إنها تصح، فهلكت العين، فقد قال أبو العباس: فيه وجهان، أحدهما: يجب عليه ضمانها، والثاني: لا يجب[4]،

---

(١) وافق المصنف الشيخ أبو إسحاق قول المزني في ذلك، والقول الأول هو قول أبـي العباس بن سريج والشيخ أبـي حامد والقاضي أبـي الطيب وابن الصباغ بأنه لا يبرأ الآخر. (انظر: المجموع ١٣/٤٩٦).

(٢) وهذا هو الأصح فلا يلزمه الدين، لأنه لم يلتزمه. (الروضة ٤/ ٢٥٨).

(٣) وأصح القولين صحة كفالة البدن، فكذا هنا تصح كفالة العين المضمونة، وفي قول آخر تصح قطعاً. (الروضة ٤/ ٢٥٥).

(٤) إذا ضمن العين المضمونة، ثم هلكت، ففي وجوب قيمتها على الكفيل قولان، كما لو مات المكفول ببدنه، وسبق البيان أن الأصح أن المكفول ببدنه لو مات لا يلزم الكفيل الدين. (الروضة ٤/ ٢٥٥).

وقال الشيخ أبو حامد: لا يجوز بناء ذلك على كفالة البدن، فإن البدن لو تلف لم يضمن بدله، ولو هلكت العين ضمنها.

فصل [الاختلاف في ضمان الدين]:

وإن ضمن عنه ديناً، ثم اختلفا، فقال الضامن: ضمنت وأنا صبي، وقال المضمون له: ضمنت وأنت بالغ، فالقول قول الضامن؛ لأن الأصل عدم البلوغ.

وإن قال: ضمنت وأنا مجنون، وقال: بل ضمنت وأنت عاقل، فإن لم يعرف له حالة جنون، فالقول قول المضمون له؛ لأن الأصل العقل، وصحة الضمان، وإن عرف له حالة جنون، فالقول قول الضامن؛ لأنه يحتمل أن يكون الضمان في حالة الإفاقة، ويحتمل أن يكون في حالة الجنون، والأصل عدم الضمان، وبراءة الذمة.

وإن ضمن عن رجل شيئاً، وأدى المال، ثم ادعى أنه ضمن بإذنه، وأدى بإذنه، ليرجع، وأنكر المضمون عنه الإذن، لم يرجع عليه؛ لأن الأصل عدم الإذن.

وإن تكفل ببدن رجل، ثم ادعى أنه تكفل به، ولا حق عليه، فالقول قول المكفول له؛ لأن الكفيل قد أقر بالكفالة، والكفالة لا تكون إلاّ بمن عليه حق؛ فكان القول قول المكفول له، فإن طلب الكفيل يمين المكفول له على ذلك، ففيه وجهان، أحدهما: يحلف؛ لأن ما يدعيه الكفيل ممكن، فحلف عليه الخصم(١)، والثاني: لا يحلف؛ لأن إقراره بالكفالة يقتضي وجوب الحق، وما يدعيه يكذب إقراره، فلم يحلف الخصم.

وإن ادّعى الضامن أنه قضى الحق عن المضمون عنه، وأقر المضمون له،

(١) الوجهان عن ابن سريج، وأشار النووي إلى ترجيح الوجه الأول، وأنه يحلف، فإن نكل حلف الضامن، وسقطت عنه المطالبة. (الروضة ٤/٢٦٣).

وأنكر المضمون عنه، ففيه وجهان، أحدهما: أن القول قول المضمون عنه؛ لأن الضامن يدعي القضاء ليرجع، فلم يقبل قوله، والمضمون له يشهد على فعل نفسه أنه قبض، فلم تقبل شهادته، فسقط قولهما، وحلف المضمون عنه[1]، والثاني: أن القول قول الضامن؛ لأن قبض المضمون له يثبت بالإقرار مرة، وبالبينة أخرى، ولو ثبت قبضه بالبينة رجع الضامن، فكذلك إذا ثبت بالإقرار.

• • •

(١) يبدو ترجيح الوجه الأول، لأن البينة على المدعي (الضامن) واليمين على من أنكر (المضمون عنه).

كتاب الشركة

يصح عقد الشركة[1] على التجارة، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: قال الله تعالى: «أنا ثالثُ الشريكينِ[2] ما لم يَخُنْ أحدُهما صاحبَه، فإذا خانا خرجت من بينهما»[3].

ولا تصح الشركة إلاَّ من جائز التصرف في المال؛ لأنه عقد على التصرف في المال، فلم تصح إلاَّ من جائز التصرف في المال.

---

(١) يقال: شركه بالبيع يشركه شركة، والاسم الشرك، يقال: شِركة بكسر الشين وإسكان الراء، وشَرِكة بفتح الشين وكسر الراء. (النظم ١/ ٣٤٥).
والشركة ثبوت الحق لاثنين فأكثر على جهة الشيوع. (المجموع ١٣/ ٥٠٥)، والشركة أنواع، ولكل نوع حكمه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١٢، الروضة ٤/ ٢٧٥ وما بعدها).

(٢) معناه أنا معهما بالحفظ والرعاية، فأمدهما بالمعونة في أحوالهما، وأنزل البركة في تجارتهما، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت عنهما البركة والإعانة، وهو معنى: خرجت من بينهما. (النظم ١/ ٣٤٥، المجموع ١٣/ ٥٠٥).

(٣) حديث أبي هريرة رواه أبو داود (٢/ ٢٢٩ كتاب البيوع، باب الشركة)، والحاكم وصححه (المستدرك ٢/ ٥٢)، والدارقطني (٣/ ٣٥)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٤٩.

فـصــل [شركة المسلم للكافر]:

ويكره أن يشارك المسلم الكافر، لما روى أبو جمرة[1] عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: لا تشاركنَّ يهودِياً، ولا نصرانياً، ولا مجوسياً، قلت: لم؟ قال: لأنهم يربون، والربا لا يحل[2].

فـصــل [الشركة على النقود والعروض]:

وتصح الشركة على الدراهم والدنانير؛ لأنهما أصل لكل ما يباع ويبتاع، وبهما تعرف قيمة الأموال، وما يزيد فيها من الأرباح.

فأما ما سواهما من العُروض فضربان، ضرب: لا مثل له، وضرب له مثل، فأما ما لا مثل له: كالحيوان، والثياب، فلا يجوز عقد الشركة عليها؛ لأنه قد تزيد قيمة أحدهما دون الآخر، فإن جعلنا ربح ما زاد قيمته لمالكه، أفردنا أحدهما بالربح والشركة معقودة على الاشتراك في الربح، وإن جعلنا الربح بينهما، أعطينا من لم تزد قيمة ماله ربح مال الآخر، وهذا لا يجوز.

وأما ما له مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز عقد الشركة عليه، وعليه نص في «البويطي»؛ لأنه من غير الأثمان، فلم يجز عقد الشركة عليه كالثياب والحيوان، والثاني: يجوز؛ وهو قول أبـي إسحاق، لأنه من ذوات الأمثال، فأشبه الأثمان[3].

وإن لم يكن لهما غير العروض، وأرادا الشركة باع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر، فيصير الجمع مشتركاً بينهما، ويشتركان في ربحه[4].

---

(١) هو نصر بن عمران الضبعي، أبو جمرة، صاحب ابن عباس. (النظم ١/٣٤٥، المجموع ١٣/٥٠٦).

(٢) أثر ابن عباس رواه الأثرم. (المجموع ١٣/٥٠٦).

(٣) هذا الوجه الثاني هو الراجح، وتصح الشركة في المثليات على الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢١٣، الروضة ٤/٢٧٦).

(٤) قال النووي: «والحيلة في الشركة في العروض أن يبيع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض الآخر، ويأذن له في التصرف». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢١٤).

فـصــل [شركة العنان]:

ولا يصح من الشِرك إلاَّ شركة العنان[1]، ولا يصح ذلك إلاَّ أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر، وعلى صفته، فإن كان مال أحدهما دنانير، والآخر دراهم، أو مال أحدهما صحاحاً، والآخر قراضة، أو مال أحدهما من سكة، ومال الآخر من سكة أخرى، لم تصح الشركة؛ لأنهما مالان لا يختلطان فلم تصح الشركة عليهما كالعُروض[2].

فإن كان مال أحدهما عشرة دنانير، ومال الآخر مائة درهم، وابتاعا بها شيئاً وربحا، قسم الربح بينهما على قدر المالين، فإن كان نقد البلد أحدهما قوّم به الآخر، فإن استوت قيمتاهما استويا في الربح، وإن اختلفت قيمتاهما تفاضلا في الربح على قدر مالهما[3].

فـصــل [شرط خلط المالين]:

ولا تصح حتى يختلط المالان، لأنه قبل الاختلاط لا شركة بينهما في مال، ولأنا لو صححنا الشركة قبل الاختلاط، وقلنا: إن من ربح شيئاً من ماله انفرد

---

(١) شركة العنان مشهورة عند العرب، وفيها أقوال كثيرة، فقيل: سميت بذلك لظهورها، يقال: عنَّ الشيء إذا ظهر، وقيل: لاشتراكهما فيما يعنّ من الربح، يقال: عنَّ الشيء إذا عرض، وقيل مأخوذة من عنان دابتي الرهان، لأن الفارسين إذا تسابقا تساوى عنان فرسيهما، كذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان، وقيل مأخوذ من عنان فرسي الرهان بمعنى آخر، لأن الشريك يحبس نفسه عن التصرف بالمال في سائر الجهات إلاَّ عند الجهة التي يتفق عليها الشريكان، كما يحبس الفارس دابته عن السير في سائر الجهات إلاَّ في الجهة التي يريدها، وقيل: لأنه يمسك العنان بإحدى يديه، ويحبسه عليها، والأخرى مرسلة يتصرف بها كيف يشاء، كذلك هذه الشركة بعض ماله مقصور عن التصرف فيه لأجل الشركة، وبعض ماله يتصرف فيه كيف يشاء. (النظم ١/ ٣٤٥، المجموع ١٣/ ٥١١).

(٢) قال النووي: «ويشترط خلط المالين بحيث لا يتميزان». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١٣)، وانظر: الروضة ٤/ ٢٧٧.

(٣) انظر: الروضة ٤/ ٢٧٩.

بالربح، أفردنا أحدهما بالربح، وذلك لا يجوز، وإن قلنا: يشاركه الآخر، أخذ أحدهما ربح مال الآخر، وهذا لا يجوز، وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين في القدر؟ فيه وجهان، أحدهما: لا تصح، وهو قول أبي القاسم الأنماطي؛ لأن الشركة تشتمل على مال وعمل، ثم لا يجوز أن يتساويا في المال، ويتفاضلا في الربح، فكذلك لا يجوز أن يتساويا في العمل، ويتفاضلا في الربح. وإذا اختلف مالهما في القدر، فقد تساويا في العمل، وتفاضلا في الربح، فوجب أن لا يجوز، والثاني: تصح، وهو قول عامة أصحابنا، وهو الصحيح، لأن المقصود بالشركة أن يشتركا في ربح مالهما، وذلك يحصل مع تفاضل المالين، كما يحصل مع تساويهما، وما قاله الأنماطي من قياس العمل على المال، لا يصح؛ لأن الاعتبار في الربح بالمال لا بالعمل[1]، والدليل عليه أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالمال، ويشتركا في الربح، فلم يجز أن يستويا في المال، ويختلفا في الربح، وليس كذلك العمل، فإنه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل، ويشتركا في الربح، فجاز أن يستويا في العمل، ويختلفا في الربح.

فـصـل [إذن الشريك لشريكه]:

ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في نصيب شريكه إلاَّ بإذنه[2]، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف تصرّفا، وإن أذن أحدهما، ولم يأذن الآخر، تصرف المأذون في الجميع، ولا يتصرف الآخر إلاَّ في نصيبه[3].

(١) قال النووي: «ولا يشترط تساوي قدر المالين». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١٤)، وانظر: الروضة ٤/ ٢٧٨.

(٢) قال النووي: «ويشترط فيها لفظ يدل على الإذن في التصرف، فلو اقتصر على اشتركنا لم يكف في الأصح». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١٣)، وهذه طريقة البغداديين من أصحابنا، وفي وجه يملك التصرف بدون إذن، لأن مقتضى عقد الشركة يدل عليه. (المجموع ١٣/ ٥١٣، الروضة ٤/ ٢٧٥).

(٣) انظر: الروضة ٤/ ٢٧٥.

ولا يجوز لأحدهما أن يتجر في نصيب شريكه إلاَّ في الصنف الذي يأذن فيه الشريك، ولا أن يبيع بدون ثمن المثل، ولا بثمن مؤجل، ولا بغير نقد البلد، إلاَّ أن يأذن له شريكه؛ لأن كل واحد منهما وكيل للآخر في نصفه، فلا يملك إلاَّ ما يملك كالوكيل.

فصل [قسمة الربح والخسران]:

ويقسم الربح والخسران على قدر المالين؛ لأن الربح نماء مالهما، والخسران نقصان مالهما، فكانا على قدر المالين، فإن شرطا التفاضل في الربح والخسران، مع تساوي المالين، أو التساوي في الربح أو الخسران، مع تفاضل المالين، لم يصح العقد؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة، فلم يصح، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما.

فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف؛ لأن الشرط لا يسقط الإذن؛ فنفذ التصرف، فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه؛ لأنه إنما عمل ليسلم له ما شرط، وإذا لم يسلم رجع بأجرة عمله.

فصل [شركة الأبدان]:

وأما شركة الأبدان؛ وهي الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما، فهي باطلة[1]، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «كل شرط ليسَ في كتابِ اللَّهِ فهو باطل»[2]، وهذا الشرط ليس في كتاب الله تعالى، فوجب أن يكون باطلاً،

(١) انظر: الروضة ٤/ ٢٧٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١٢.

(٢) حديث عائشة هو جزء من حديث رواه البخاري (١/ ١٧٤ كتاب المساجد، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ٢/ ٧٥٧ كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، ٢/ ٧٥٩ كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل)، ورواه مسلم (١٠/ ١٤٦ كتاب العتق، باب الولاء لمن أعتق)، ومرَّ سابقاً عند أحمد ص ٢١٠.

ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به، فلم يجز أن يشاركه الآخر في بدله، فإن عملا وكسبا أخذ كل واحد منهما أجرة عمله، لأنها بدل عمله فاختص بها.

فصـل [شركة المفاوضة]:

وأما شركة المفاوضة[1]: وهو أن يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب، أو بيع، أو ضمان، فهي شركة باطلة[2]، لحديث عائشة رضي الله عنها[3]، لأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه، فلم تصح، كما لو عقد الشركة على ما يملكان بالإرث، والهبة، ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم تصح، كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بالجناية.

فإن عقدا الشركة على ذلك، واكتسبا، وضمنا، أخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجرة عمله، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بغصبه، وبيعه، وضمانه؛ لأن الشرط قد سقط، وبقي الربح، والضمان على ما كانا قبل الشرط، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه، لأنه عمل في ماله ليسلم له ما شرط له، ولم يسلم، فوجب أجرة عمله.

فصـل [شركة الوجوه]:

وأما شركة الوجوه[4]: وهو أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما

---

(١) المفاوضة: مأخوذة من قولهم: قوم فوضى أي متساوون لا رئيس لهم، ونعام فوضى أي مختلط بعضهم ببعض، وكذلك جاء القوم فوضى، ويقال: أموالهم فوضى بينهم، أي هم شركاء فيها، وفيضوضاً مثله، يمدُّ ويقصر، وتفاوض الشريكان في المال إذا اشتركا فيه أجمع، وهي شركة المفاوضة. (النظم ١/٣٤٦).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢١٢، الروضة ٤/٢٧٩.

(٣) سبق بيان الحديث في الفصل السابق ص ٣٣٥ هـ ٢.

(٤) الوجوه: تحتمل معنيين، أحدهما: أن يشتري شيئاً بوجهه أي بنفسه، ولا ينوي صاحبه، =

صاحبه في ربح ما يشتريه بوجه، فهي شركة باطلة، لأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له، يتفرد به، فلا يجوز أن يشاركه غيره في ربحه[1].

وإن وكل كل واحد منهما صاحبه في شراء شيء بينهما، واشترى كل واحد منهما ما أذن فيه شريكه، ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه دخل في ملكهما، وصارا شريكين فيه، فإذا بيع قسم الثمن بينهما؛ لأنه بدل مالهما.

فصل [الشركة في الجمل والراوية والسقاء]:

وإن أخذ رجل من رجل جملاً، ومن آخر راوية على أن يستقي الماء، ويكون الكسب بينهم، فقد قال في موضع: يجوز، وقال في موضع: لا يجوز، فمن أصحابنا من قال: إن كان الماء مملوكاً للسقاء فالكسب له، ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية بأجرة المثل للجمل والراوية؛ لأنه استوفى منفعتهما بإجارة فاسدة، فوجب عليه أجرة المثل، وإن كان الماء مباحاً، فالكسب بينهم أثلاثاً، لأنه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم، فكان الكسب بينهم، كما لو وكلاه في شراء ثوب بينهم، فاشتراه على أن يكون بينهم، وحمل القولين على هذين الحالين.

ومنهم من قال: إن كان الماء مملوكاً للسقاء كان الكسب له، ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه، وإن كان الماء مباحاً، ففيه قولان، أحدهما: أنه بينهم أثلاثاً؛ لأنه أخذه على أن يكون بينهم فدخل في ملكهم كما لو اشترى شيئاً بينهم بإذنهم، والثاني: أن الكسب للسقاء؛ لأنه مباح اختص بحيازته، فاختص بملكه كالغنيمة، ويرجعان عليه بأجرة المثل؛ لأنهما بذلا منفعة الجمل والراوية ليسلم لهما

= ولا يذكره في البيع، ثم يشاركه الآخر فيه، والآخر أن يكون بمعنى الجاه والحفظ، يقال: وجه الرجل إذا صار وجيهاً ذا جاه وقدر، فكأنه اشترى ليرخص له في البيع لقدر حظه وجاهه، ثم يشاركه الآخر. (النظم ١/ ٣٤٦).

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١٢، الروضة ٤/ ٢٨٠.

الكسب، ولم يسلم، فثبت لهما أجرة المثل[1].

فصل [الشريك أمين]:

والشريك أمين فيما في يده من مال شريكه، فإن هلك المال في يده من غير تفريط، لم يضمن؛ لأنه نائب عنه في الحفظ والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يده[2].

فإن ادعى الهلاك، فإن كان بسبب ظاهر، لم يقبل حتى يقيم البينة عليه، فإذا أقام البينة على السبب، فالقول قوله في الهلاك مع يمينه، وإن كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه من غير بينة؛ لأنه يتعذر إقامة البينة على الهلاك، فكان القول قوله مع يمينه.

وإن ادعى عليه الشريك خيانة، وأنكر فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم الخيانة.

وإن كان في يده عين، وادعى شريكه أن ذلك من مال الشركة، وادعى هو أنه له، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الظاهر مما في يده أنه ملكه.

فإن اشترى شيئاً فيه ربح، فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة، وادعى هو أنه اشتراه لنفسه، أو اشترى شيئاً فيه خسارة، وادعى الشريك أنه اشتراه لنفسه، وادعى هو أنه اشتراه للشركة، فالقول قوله؛ لأنه أعرف بعقده ونيته[3].

---

(١) صوب الجمهور التفصيل الذي ذكره ابن سريج، وهو إن كان الماء مملوكاً للمستقي، أو مباحاً لكن قصد به نفسه، فهو له، وعليه لكل واحد من صاحبيه أجرة المثل، وإن قصد الشركة فهو على الخلاف في جواز النيابة في تملك المباحات، والأصح أنها جائزة، ويكون الماء بينهم. (الروضة ٤/ ٢٨١).

(٢) انظر: الروضة ٤/ ٢٨٦، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١٦.

(٣) قال النووي: «ويد الشريك يد أمانة، فيقبل قوله في الرد والخسران والتلف... ثم يصدق في التلف به». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١٦).

فصل [الاختلاف بين الشريكين]:

وإن كان بينهما عبد، فأذن أحدهما لصاحبه في بيعه، فباعه بألف، ثم أقر الشريك الذي لم يبع أن البائع قبض الألف من المشتري، وادعى المشتري ذلك، وأنكر البائع، فإن المشتري يبرأ من حصة الشريك الذي لم يبع؛ لأنه أقر أنه سلم حصته من الثمن إلى شريكه بإذنه، وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشتري وبين الشريكين.

فإن تحاكم البائع والمشتري فإن كان للمشتري بينة بتسليم الثمن قضي له، وإن لم يكن له من يشهد غير الشريك الذي لم يبع، فإن شهادته مردودة في قبض حصته؛ لأنه يجرُّ بها إلى نفسه نفعاً، وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته، وهل ترد في حصة البائع؟ فيه قولان، فإن قلنا تقبل حلف معه المشتري ويبرأ، وإن قلنا: لا تقبل أو لم يكن عدلاً، فالقول قول البائع مع يمينه أنه لم يقبض، فإن حلف أخذ منه نصف الثمن، وليس للشريك الذي لم يبع أن يأخذ مما أخذ البائع شيئاً؛ لأنه أقر أنه قد أخذ الحق مرة، وأن ما أخذه الآن أخذه ظلماً، فلا يجوز أن يأخذ منه، وإن نكل البائع، حلف المشتري ويبرأ[1].

وإن تحاكم الشريكان فإن كان للذي لم يبع بينة، بأن البائع قبض الثمن، رجع عليه بحصته، وإن لم تكن له بينة، حلف البائع أنه لم يقبض، ويبرأ، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الذي لم يبع، فيحلف ويأخذ منه حصته.

وإن ادعى البائع أن الذي لم يبع قبض الألف من المشتري، وادعاه المشتري، وأنكر الذي لم يبع، نظرتَ: فإن كان الذي لم يبع مأذوناً له في القبض، برئت ذمة المشتري من نصيب البائع؛ لأنه أقر أنه سلمه إلى شريكه بإذنه، وتبقى الخصومة بين الذي لم يبع، وبين المشتري وبين الشريكين، فيكون البائع ههنا كالذي لم يبع، والذي لم يبع كالبائع في المسألة قبلها، وقد بيناه.

---

(١) وإن نكل المشتري فالصحيح أنه يلزمه، مؤاخذة باعترافه بلزوم المال بالشراء، انظر تفصيل هذه المسألة وحكمها في (الروضة ٤/ ٢٨٧).

وإن لم يكن واحد منهما مأذوناً له في القبض، لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن؛ لأن الذي باعه أقر بالتسليم إلى من لم يأذن له، والذي لم يبع أنكر القبض.

فإن تحاكم البائع والمشتري، أخذ البائع منه حقه من غير يمين؛ لأنه سلمه إلى شريكه بغير إذنه.

وإن تحاكم المشتري والذي لم يبع، فإن كان للمشتري بينة برىء من حقه، وإن لم يكن له من يشهد غير البائع، فإن كان قُبلت شهادته؛ لأنه لا يجرُّ بهذه الشهادة إلى نفسه نفعاً، ولا يدفع بها ضرراً، فإذا شهد حلف معه المشتري وبرىء، وإن لم يكن عدلاً فالقول قول الذي لم يبع، مع يمينه، فإذا حلف أخذ منه حقه.

وإن كان البائع مأذوناً له في القبض، والذي لم يبع غير مأذون له، وتحاكم البائع والمشتري قبض منه حقه من غير يمين؛ لأنه سلمه إلى شريكه من غير إذنه، وهل للشريك الذي لم يبع مشاركته فيما أخذ؟ قال المزني: له مشاركته، وهو بالخيار بين أن يأخذ من المشتري خمسمائة، وبين أن يأخذ من المشتري مائتين وخمسين، ومن الشريك مائتين وخمسين.

وقال أبو العباس: لا يأخذ منه شيئاً، لأنه لما أقر أن الذي لم يبع، قبض جميع الثمن، عزل نفسه من الوكالة في القبض؛ لأنه لم يبق له ما يتوكل في قبضه، فلا يأخذ بعد العزل إلاَّ حق نفسه، فلا يجوز للذي لم يبع أن يشاركه فيه.

فإن تحاكم المشتري والذي لم يبع، فالقول قول الذي لم يبع مع يمينه أنه لم يقبض؛ لأن الأصل عدم القبض، فإن كان للمشتري بينة قضي له، وبرىء، وإن لم يكن له من يشهد إلاَّ البائع، لم تقبل شهادته على قول المزني؛ لأنه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة ضرراً، وهو رجوع الشريك الذي لم يبع عليه بنصف ما في يده، وعلى قول أبـي العباس تقبل شهادته قولاً واحداً لأنه لا يدفع بشهادته ضرراً لأنه

لا رجوع له عليه[1].

فـصـل [للشريك عزل نفسه]:

ولكل واحد من الشريكين أن يعزل نفسه[2] عن التصرف إذا شاء؛ لأنه وكيل، وله أن يعزل شريكه عن التصرف في نصيبه؛ لأنه وكيله، فيملك عزله.

فإذا انعزل أحدهما لم ينعزل الآخر عن التصرف؛ لأنهما وكيلان، فلا ينعزل أحدهما بعزل الآخر، فإن قال أحدهما: فسخت الشركة انعزلا جميعاً؛ لأن الفسخ يقتضي رفع العقد من الجانبين، فانعزلا.

وإن ماتا أو أحدهما، انفسخت الشركة؛ لأنه عقد جائز فبطل بالموت كالوديعة، وإن جنّا أو أحدهما أو أغمي عليهما، أو على أحدهما، بطل، لأنه بالجنون والإغماء يخرج عن أن يكون من أهل التصرف، ولهذا تثبت الولاية عليه في المال، فبطل العقد[3]، كما لو مات، والله أعلم.

● ● ●

---

(١) استحسن الشيخان أبو حامد وأبو علي وجه ابن سريج، انظر تفصيل هذه المسألة في (الروضة ٤/ ٢٨٧ ــ ٢٨٩).

(٢) يعزل نفسه: أي ينحي نفسه عن التصرف، من قولهم: عزله عن العمل إذا نحاه، وعزل عن أمته إذا نحى ماءه عنها، واعتزل وتعزل بمعنى. (النظم ١/ ٣٤٨).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢١٥، الروضة ٤/ ٢٨٤، المجموع ١٣/ ٥٣٣.

كتاب الوكالة

تجوز الوكالة(١) في عقد البيع، لما روي عن عروة بن الجعد، قال: «أعطاني رسول الله ﷺ ديناراً أشتري له شاة، أو أضحية، فاشتريت شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وأتيته بشاة ودينار، فدعا لي بالبركة، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه»(٢)، ولأن الحاجة تدعو إلى الوكالة في البيع، لأنه قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولا يتفرغ إليه لكثرة أشغاله، فجاز أن يوكل فيه غيره.

وتجوز في سائر عقود المعاملات، كالرهن، والحوالة، والضمان، والكفالة، والشركة، والوكالة، والوديعة، والإعارة، والمضاربة، والجعالة، والمساقاة، والإجارة، والقرض، والهبة، والوقف، والصدقة؛ لأن الحاجة إلى التوكيل فيها كالحاجة إلى التوكيل في البيع.

---

(١) الوكالة: مشتقة من وكل الأمر إليه يكل إذا أنابه عنه واعتمد عليه لعجز أو ضعف أو لراحة، ومنه الحديث «اللهم لا تكلنا إلى أنفسنا»، وفي حديث آخر «وإن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها». (النظم ١/ ٣٤٨، المجموع ١٣/ ٥٣٥).

(٢) حديث عروة البارقي رواه البخاري (٢/ ١٣٣٢ كتاب المناقب، باب سؤال المشركين)، ورواه أحمد (٤/ ٣٧٥)، والدارقطني (٣/ ١٠)، ورواه أبو داود والترمذي والأثرم وابن ماجه. (المجموع ١٣/ ٥٣٨).

وفي تملك المباحات، كإحياء الموات، واستقاء الماء، والاصطياد، والاحتشاش، قولان، أحدهما: لا يصح التوكيل فيها؛ لأنه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه كالاغتنام، والثاني: يصح؛ لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه، فجاز أن يوكل فيه كالابتياع، والاتهاب، ويخالف الاغتنام، لأنه يستحق بالجهاد، وقد تعين عليه بالحضور، فتعين له ما استحق به[1].

فـصــل [ما يجوز التوكيل فيه وما لا يجوز]:

ويجوز التوكيل في عقد النكاح، لما رُوي «أن النبـي ﷺ وكَّل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة»[2].

ويجوز في الطلاق، والخلع، والعتاق؛ لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه كما تدعو إلى التوكيل في البيع والنكاح.

ولا يجوز التوكيل في الإيلاء، والظهار، واللعان، لأنها أيمان، فلا تحتمل التوكيل، وفي الرجعة وجهان، أحدهما: لا يجوز التوكيل فيه، كما لا يجوز في الإيلاء والظهار، والثاني: أنه يجوز، وهو الصحيح، فإنه إصلاح للنكاح، فإذا جاز في النكاح جاز في الرجعة[3].

فـصــل [التوكيل في الإثبات والخصومة]:

ويجوز التوكيل في إثبات الأموال، والخصومة، فيها، لما روي أن علياً كرم الله وجهه وكل عقيلاً رضي الله عنه عند أبـي بكر وعمر رضي الله عنهما، وقال: ما قُضي له فلي، وما قُضي عليه فعلي، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان رضي الله

---

(١) القول الثاني هو الراجح، وتصح الوكالة في تملك المباحات وغيرها على الأظهر. (الروضة ٤/ ٢٩١، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢١).

(٢) حديث أم حبيبة رواه عن عروة عن أم حبيبة أبو داود (١/ ٤٨١ كتاب النكاح، باب الولي، ١/ ٤٨٦ كتاب النكاح، باب الصداق)، والنسائي (٦/ ٩٧ كتاب النكاح، باب القسط في الأصدقة)، وأحمد (٦/ ٤٢٧)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٥٠.

(٣) قال النووي: «ويجوز في الرجعة على الأصح». (الروضة ٤/ ٢٩١).

عنه، وقال علي: إن للخصومات قُحُماً[1]، قال أبو زياد الكلابي: القحم، المهالك، ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات، لأنه قد يكون له حق أو يدعى عليه حق، ولا يحسن الخصومة فيه، أو يكره أن يتولاها بنفسه، فجاز أن يوكل فيه.

ويجوز ذلك من غير رضى الخصم؛ لأنه توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه، كالتوكيل في قبض الديون.

ويجوز التوكيل في إثبات القصاص، وحد القذف؛ لأنه حق آدمي، فجاز التوكيل في إثباته كالمال.

ولا يجوز التوكيل في إثبات حدود الله تعالى؛ لأن الحق له، وقد أمرنا فيه بالدرء والتوصل إلى إسقاطه، وبالتوكيل يتوصل إلى إيجابه، فلم يجز.

ويجوز التوكيل في استيفاء الأموال؛ لأن النبي ﷺ بعث العمال لقبض الصدقات، وأخذ الجزي[2].

ويجوز في استيفاء حدود الله تعالى؛ لأن النبي ﷺ «بعث أُنَيْساً لإقامة الحد، وقال: يا أنيسُ أُغد على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»[3]، ووكل عثمان رضي الله عنه علياً كرم الله وجهه ليقيم حد الشرب على الوليد بن عقبة.

---

(١) القحم: المهالك، وقحم في الأمر قحوماً إذا رمى بنفسه فيه من غير روية، والقُحْمة: المهلكة، وقحم الطريق مصاعبه، وللخصومة قحم أي أنها تقحم بصاحبها على ما لا يريد. (النظم ١/ ٣٤٨).
وهذا الأثر رواه الشافعي في (الأم ٣/ ٢٠٧ طبعة الشعب).

(٢) الجزي: بكسر الجيم جمع جزية، وهو ما يؤخذ من أهل الذمة، وأصله الفداء، قال الله تعالى: ﴿واتقوا يوماً لا تجزي نفس عن نفس شيئاً﴾ [البقرة: ٤٨]. (النظم ١/ ٣٤٩).

(٣) هذا الحديث رواه البخاري من رواية أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني (٢/ ٨١٤ كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود)، ومسلم (١١/ ٢٠٧ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا)، والترمذي (٤/ ٦٩٧ كتاب الحدود، باب درء الحد عن المعترف إذا رجع، ٤/ ٧٠٣ كتاب الحدود، باب الرجم على الثيب)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٥١.
وقوله: «اغد يا أنيس» أي امض بالغداة. (النظم ١/ ٣٤٩).

وأما القصاص وحد القذف فإنه يجوز التوكيل في استيفائهما بحضرة الموكل، لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه، لأنه قد يكون له حد أو قصاص ولا يحسن أن يستوفيه، فجاز أن يوكل فيه غيره، وهل يجوز أن يستوفيه في غيبة الموكل، قال في «الوكالة»: لا يستوفي، وقال في «الجنايات»: ولو وكل فتنحى به[1] فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو، وقبل العلم بالعفو، ففي الضمان قولان، وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبة الموكل، فمن أصحابنا من قال: يجوز قولاً واحداً، وهو قول أبي إسحاق، لأنه حق يجوز أن يستوفيه بحضرة الموكل، فجاز في غيبته، كأخذ المال وحمل قوله: «لا يستوفي» على الاستحباب، ومنهم من قال: لا يجوز قولاً واحداً؛ لأن القصاص والحد يحتاط في إسقاطهما، والعفو مندوب إليه فيهما، فإذا حضر رجونا أن يرحمه، فيعفو عنه، وحمل قوله في «الجنايات» على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب عن عينه، فعفا، ولم يسمع الوكيل، فقتل، ومنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: يجوز، والثاني لا يجوز، ووجههما ما ذكرناه[2].

فصل [التوكيل في فسخ العقود]:

ويجوز التوكيل في فسخ العقود؛ لأنه إذا جاز التوكيل في عقدها، ففي فسخها أولى.

ويجوز أن يوكل في الإبراء من الديون؛ لأنه إذا جاز التوكيل في إثباتها واستيفائها، جاز التوكيل في الإبراء عنها[3].

---

(١) تنحى به: أي مضى به إلى ناحية أخرى غير ناحية الموكل. (النظم ١/ ٣٥٠).

(٢) الطريق الثالث أشهر الطرق الثلاثة في استيفاء القصاص في غيبة الموكل، وأن ذلك على قولين، وأظهر القولين الجواز. (انظر: الروضة ٤/٢٩٣، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢١).

(٣) يشترط في التوكيل في الإبراء علم الموكل، ولا يشترط علم الوكيل. (الروضة ٤/ ٢٩٦).

وفي التوكيل في الإقرار وجهان، أحدهما: يجوز، وهو ظاهر النص؛ لأنه إثبات مال في الذمة بالقول، فجاز التوكيل فيه كالبيع، والثاني: لا يجوز وهو قول أبي العباس؛ لأنه توكيل في الإخبار عن حق، فلم يجز، كالتوكيل في الشهادة بالحق[1]، فإذا قلنا: لا يجوز، فهل يكون توكيله إقراراً؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه إقرار، لأنه لم يوكل في الإقرار بالحق إلاَّ والحق واجب عليه، والثاني: أنه لا يكون إقراراً، كما لا يكون التوكيل في الإبراء إبراء[2].

فصل [الوكيل يملك التصرف]:

ولا يصح التوكيل إلاَّ ممن يملك التصرف في الذي يوكل فيه بملك أو ولاية، فأما من لا يملك التصرف في الذي يوكل فيه كالصبي، والمجنون، والمحجور عليه في المال، والمرأة في النكاح، والفاسق في تزويج ابنته، فلا يملك التوكيل فيه؛ لأنه لا يملكه، فلا يملك أن يملك ذلك غيره.

وأما من لا يملك التصرف إلاَّ بالإذن كالوكيل، والعبد المأذون، فإنه لا يملك التوكيل إلاَّ بالإذن؛ لأنه يملك التصرف بالإذن، فكان توكيله بالإذن.

واختلف أصحابنا في غير الأب والجد من العصبات، هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة؟ فمنهم من قال: يملك؛ لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع، فملك التوكيل من غير إذن كالأب والجد، ومنهم من قال: لا يملك؛ لأنه لا يملك التزويج إلاَّ بإذن فلا يملك التوكيل إلاَّ بإذن كالوكيل، والعبد المأذون[3].

---

(١) ذكر النووي أن الأصح عند الأكثرين أنه لا يجوز التوكيل في الإقرار، لأنه خبر. (الروضة ٤/ ٢٩٢)، ثم صرح بالترجيح فقال: «لا في الإقرار في الأصح». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢١).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ويعتبر التوكيل بالإقرار إقراراً، وهو قول ابن القاص، والأصح عند الأكثرين، ورجحه النووي. (الروضة ٤/ ٢٩٢، مغني المحتاج ٢/ ٢٢١).

(٣) ذكر النووي هذه الصورة في كتاب الوكالة، وأن فيها وجهين، ثم قال: «يذكران في =

فصل [وكالة ناقص التصرف]:

ومن لا يملك التصرف في حق نفسه لنقص فيه كالمرأة في النكاح، والصبي، والمجنون في جميع العقود، لم يملك أن يتوكل لغيره؛ لأنه إذا لم يملك ذلك في حق نفسه بحق الملك، لم يملكه في حق غيره بالتوكيل.

ومن ملك التصرف فيما تدخله النيابة في حق نفسه، جاز أن يتوكل فيه لغيره؛ لأنه يملك في حق نفسه بحق الملك، فملك في حق غيره بالإذن.

واختلف أصحابنا في العبد، هل يجوز أن يتوكل في قبول النكاح؟ فمنهم من قال: يجوز؛ لأنه يملك قبول العقد لنفسه بإذن المولى، فملك أن يقبل لغيره بالتوكيل، ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأنه لا يملك النكاح، وإنما أجيز له القبول لنفسه للحاجة إليه، ولا حاجة إلى القبول لغيره، فلم يجز[1].

واختلفوا في توكيل المرأة في طلاق غيرها، فمنهم من قال: يجوز، كما يجوز توكيلها في طلاقها، ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأنها لا تملك الطلاق، وإنما أجيز توكيلها في طلاق نفسها للحاجة، ولا حاجة إلى توكيلها في طلاق غيرها، فلم يجز[2].

ويجوز للفاسق أن يتوكل في قبول النكاح للزوج؛ لأنه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق، فجاز أن يقبل لغيره، وهل يجوز أن يتوكل في الإيجاب؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه موجب للنكاح فلم يجز أن يكون فاسقاً كالولي، والثاني:

= النكاح». (الروضة ٤/ ٢٩٧)، ثم ذكر النووي في كتاب النكاح: «قالت: أذنت لك في تزويجي فله التوكيل على الأصح». (الروضة ٧/ ٧٣).

(١) الوجه الأول هو الراجح، ويجوز توكيل العبد في قبول النكاح على الأصح. (الروضة ٤/ ٢٩٨).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ويجوز توكيل المرأة في طلاق غيرها على الأصح، كما يصح أن يفوض إليها طلاق نفسها. (الروضة ٤/ ٢٩٩).

يجوز؛ لأنه ليس بولي، وإنما هو مأمور من جهة الولي، والولي عدل[1].

فصل [الوكالة بالإيجاب والقبول]:

ولا تصح الوكالة إلاَّ بالإيجاب والقبول؛ لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما، فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والإجارة.

ويجوز القبول على الفور، وعلى التراخي[2]، وقال القاضي أبو حامد المرورّوذي: لا يجوز إلاَّ على الفور؛ لأنه عقد في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور، كالبيع، والمذهب: الأول، لأنه إذن في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع فيه، فجاز القبول[3]، ويجوز القبول بالفعل؛ لأنه إذن في التصرف، فجاز القبول فيه بالفعل، كالإذن في أكل الطعام.

فصل [التصرف معلوم]:

ولا يجوز التوكيل إلاَّ في تصرف معلوم، فإن قال: وكلتك في كل قليل وكثير، لم يصح؛ لأنه يدخل فيه ما يطيق، وما لا يطيق، فيعظم الضرر، ويكثر الغرر.

وإن قال: وكلتك في بيع جميع مالي، أو قبض جميع ديوني، صح؛ لأنه يعرف ماله ودينه، وإن قال: بع ما شئت من مالي، أو اقبض ما شئت من ديوني،

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويجوز للفاسق أن يتوكل في إيجاب النكاح. (الروضة ٤/ ٢٩٨، المجموع ١٣/ ٥٤٧).

(٢) الفور: المبادرة من ساعته وحينه، وهو مأخوذ من فارت القدر تفور فوراً وفوراناً إذا جاشت وغلت، ومنه قولهم: ذهبت في حاجة ثم أتيت فلاناً على فوري، أي قبل أن أسكن، والتراخي الإبطاء والتأخير وترك العجلة، يقال: تراخى السماء أي أبطأ المطر، ومعناه التساهل وترك الاستعجال والمبادرة. (النظم ١/ ٣٥٠).

(٣) وهذا قول الأصحاب كافة على جوازه على الفور وعلى التراخي. (الروضة ٤/ ٣٠٠، المجموع ١٣/ ٥٤٩).

جاز؛ لأنه إذا عرف ماله ودينه عرف أقصى ما يبيع ويقبض، فيقل الغرر[1].

وإن قال: اشتر لي عبداً، لم يصح؛ لأن فيه ما يكون بمائة، وفيه ما يكون بألف ، فيكثر الغرر.

وإن قال: اشترِ لي عبداً بمائة، لم يصح، لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع، فيكثر الغرر.

وإن قال: اشتر لي عبداً تركياً بمائة جاز؛ لأن مع ذكر النوع وقدر الثمن، يقل الغرر، فإن قال: اشترِ لي عبداً تركياً، ولم يقدر الثمن، ففيه وجهان، قال أبو العباس: يصح؛ لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمناً، فيقل الغرر، ومن أصحابنا من قال: لا يصح؛ لأن أثمان الترك تختلف وتتفاوت، فيكثر الغرر[2].

وإن وكله في الإبراء لم يجز حتى يبين الجنس الذي يبرىء منه، والقدر الذي يبرىء منه.

وإن وكله في الإقرار، وقلنا: إنه يصح التوكيل فيه، لم يجز حتى يبين جنس ما يقر به، وقدر ما يقر به؛ لأنه إذا أطلق عظم الضرر، وكثر الغرر، فلم يجز.

وإن وكله في خصومة كل من يخاصمه، ففيه وجهان، أحدهما: يصح؛ لأن الخصومة معلومة، والثاني: لا يصح؛ لأنها قد تقل الخصومات، وقد تكثر، فيكثر الغرر[3].

---

(١) نقل النووي هذه الصور وأيدها بقوله: «هذا المذكور عن «المهذب» هو الصحيح المعروف». (الروضة ٤/ ٢٩٥).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، لأنه لا يشترط بيان القدر على الأصح (الروضة ٤/ ٢٩٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٢).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، فإذا وكله في الخصومات وأطلق، صح على الأصح. (الروضة ٤/ ٢٩٧).

فصل [تعليق الوكالة على شرط]:

ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل، ومن أصحابنا من قال: يجوز؛ لأنه إذن في التصرف، فجاز تعليقه على شرط مستقبل، كالوصية، والمذهب الأول؛ لأنه عقد تؤثر الجهالة في إبطاله فلم يصح تعليقه على شرط، كالبيع والإجارة، ويخالف الوصية فإنها لا يؤثر فيها غرر الجهالة، فلا يؤثر فيها غرر الشرط، والوكالة تؤثر الجهالة في إبطالها، فأثر غرر الشرط[1].

فإن علقها على شرط مستقبل، ووجد الشرط، وتصرف الوكيل، صح التصرف؛ لأن مع فساد العقد الإذن قائم، فيكون تصرفه بإذن، فصح، فإن كان قد سمى له جُعْلاً سقط المسمى، ووجب له أجرة المثل؛ لأنه عمل في عقد فاسد، لم يرض فيه بغير بدل، فوجب أجرة المثل، كالعمل في الإجارة الفاسدة.

وإن عقد الوكالة في الحال، وعلق التصرف على شرط، بأن قال: وكلتك أن تطلق امرأتي، أو تبيع مالي بعد شهر، صح؛ لأنه لم يعلق العقد على شرط، وإنما علق التصرف على شرط، فلم يمنع صحة العقد[2].

فصل [التصرف بالوكالة حسب النطق أو العرف]:

ولا يملك الوكيل من التصرف إلاَّ ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق، أو من جهة العرف، لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلاَّ ما يقتضيه الإذن، والإذن يعرف بالنطق، وبالعرف، فإن تناول الإذن تصرفين، وفي أحدهما إضرار بالموكل، لم يجز ما فيه إضرار، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»[3]، فإن تناول تصرفين، وفي أحدهما نظر للموكل، لزمه ما فيه النظر للموكل، لما

---

(١) قال النووي: «ولا يصح تعليقها بشرط على الأصح». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٣)، وانظر: الروضة ٤/ ٣٠١.

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٣.

(٣) هذا الحديث سبق بيانه ص ٢١٦ هـ ٢.

روى ثوبان مولى رسول الله ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «رأس الدين النصيحة[(١)]، قلنا: يا رسول الله، لمن؟ قال: لله، ولرسوله، ولكتابه، ولأئمة المسلمين[(٢)]، وللمسلمين عامة»[(٣)]، وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل.

فصل [الإذن بالتوكيل]:

وإن وكل في تصرف وأذن له أن يوكل إذا شاء، نظرتَ: فإن عين له من يوكله، وكله أميناً كان أو غير أمين؛ لأنه قطع اجتهاده بالتعيين، وإن لم يعين من يوكل، لم يوكل إلاّ أميناً لأنه لا نظر للموكل في توكيل غير الأمين، فإن وكل أميناً، فصار خائناً، فهل يملك عزله؟ فيه وجهان، أحدهما: يملك عزله؛ لأن الوكالة تقتضي استعمال أمين، فإذا خرج عن أن يكون أميناً، لم يجز استعماله، فوجب عزله، والثاني: لا يملك عزله؛ لأنه أذن له في التوكيل دون العزل[(٤)].

وإن وكله ولم يأذن له في التوكيل، نظرتَ: فإن كان ما وكله فيه مما يتولاه الوكيل، ويقدر عليه، لم يجز أن يوكل فيه غيره؛ لأن الإذن لا يتناول تصرف غيره

(١) رأس الدين النصيحة: معناه أصله الذي يقوم به، مستعار من رأس الإنسان الذي لا يبقى الإنسان مع ذهابه، والنصيحة: فعيلة من النصح، وهو الصدق بالخبر، قال تعالى: ﴿وأنصح لكم﴾ [الأعراف: ٦٢]، والنصح الناصح، واشتقاقه من النصح وهو الخياطة، نصح ثوبه إذا خاطه، والنصاح: الخياط. (النظم ١/ ٣٥١).

(٢) النصيحة لله أي باعتقاد وحدانيته، وأداء فرائضه وحقوقه، والنصيحة لرسوله: الإيمان بنبوته وتصديق ما جاء به، والنصيحة لكتابه: الإيمان به والعمل بما فيه، وأئمة المسلمين بالطاعة والصدق وترك المخالفة، والنصيحة للمسلمين: بترك الغش والخداع، وأن يحب لأخيه المسلم ما يحبه لنفسه. (النظم ١/ ٣٥١).

(٣) حديث ثوبان رواه البخاري (١/ ٣٠ كتاب الإيمان، باب الدين النصيحة)، ومسلم (٢/ ٣٧ كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة)، ورواه بقية الجماعة. (المجموع ١٣/ ٥٥٣).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، فلا يملك الوكيل عزل وكيله إذا فسق، قال النووي: «أقيسهما المنع». (الروضة ٤/ ٣١٤)، وقال: «لم يملك الوكيل عزله في الأصح». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٧).

من جهة النطق، ولا من جهة العرف، لأنه ليس في العرف إذا رضيه أن يرضى غيره.

وإن وكله في تصرف، وقال: اصنع فيه ما شئت، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يجوز أن يوكل فيه غيره، لعموم قوله: اصنع فيه ما شئت، والثاني: لا يجوز؛ لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه[1]، وقوله: اصنع فيه ما شئت، يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل في تصرفه بنفسه.

وإن كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه، كعمل لا يحسنه، أو عمل يترفع عنه[2]، جاز أن يوكل فيه غيره؛ لأن توكيله فيما لا يحسنه، أو فيما يترفع عنه، إذن في التوكيل فيه من جهة العرف.

وإن كان مما يتولاه إلاّ أنه لا يقدر على جميعه لكثرته، جاز له أن يوكل فيما لا يقدر عليه منه؛ لأن توكيله فيما لا يقدر عليه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف.

وهل يجوز أن يوكل في جميعه؟ فيه وجهان، أحدهما: له أن يوكل في جميعه، لأنه ملك التوكيل فملك في جميعه كالموكل، والثاني: ليس له أن يوكل فيما يقدر عليه منه؛ لأن التوكيل يقتضي أن يتولى الوكيل بنفسه، وإنما أذن له فيما لا يقدر عليه للعجز، وبقي فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيل[3].

وإن وكل نفسين في بيع أو طلاق، فإن جعله إلى كل واحد منهما، جاز لكل واحد منهما أن ينفرد به؛ لأنه أذن لكل واحد منهما في التصرف، وإن لم يجعل إلى كل واحد منهما، لم يجز لأحدهما أن ينفرد به؛ لأنه لم يرض بتصرف أحدهما، فلا يجوز أن ينفرد به.

وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاه في حرز لهما، وخرّج أبو العباس وجهاً

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، وأن قوله ليس إذناً في التوكيل على الأصح. (الروضة ٤/ ٣١٤).

(٢) يترفع عنه: أي يتنزه ويتشرف، يقال رجل رفيع شريف القدر، ويجوز أن يكون من الارتفاع الذي هو ضد الانخفاض. (النظم ٢/ ٣٥١).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، فالمذهب أنه يوكل فيما زاد على الممكن، ولا يوكل في الممكن. (الروضة ٤/ ٣١٣، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٦).

آخر أنه إن كان مما ينقسم جاز أن يقتسما، ويكون عند كل واحد منهما نصفه، وإن لم ينقسم جعلاه في حرز لهما، كما يفعل المالكان، والصحيح هو الأول؛ لأنه تصرف أشرك فيه بينهما، فلم يجز لأحدهما أن ينفرد ببعضه فيه، كالبيع، ويخالف المالكين؛ لأن تصرف المالكين بحق الملك، ففعلا ما يقتضي الملك، وتصرف الوكيلين بالإذن، والإذن يقتضي اشتراكهما، ولهذا يجوز لأحد المالكين أن ينفرد ببيع بعضه، ولا يجوز لأحد الوكيلين أن ينفرد ببيع بعضه.

فصل [حدود الوكالة بالخصومة]:

وإن وكل رجلاً في الخصومة، لم يملك الإقرار على الموكل، ولا الإبراء من دينه، ولا الصلح عنه، لأن الإذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من ذلك.

وإن وكله في تثبيت حق[1]، فثبته، لم يملك قبضه؛ لأن الإذن في التثبيت، ليس بإذن في القبض من جهة النطق، ولا من جهة العرف، لأنه ليس في العرف أن من يرضاه للتثبيت، يرضاه للقبض.

وإن وكله في قبض حق من رجل، فجحد الرجل الحق، فهل يملك أن يثبته عليه؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يملك؛ لأن الإذن في القبض ليس بإذن في التثبيت من جهة النطق، ولا من جهة العرف، لأنه ليس في العرف أن من يرضاه للقبض، يرضاه للتثبيت، والثاني: أنه يملك، لأنه يتوصل بالتثبيت إلى القبض، فكان الإذن في القبض إذناً في التثبيت[2].

وإن وكله في بيع سلعة، فباعها، لم يملك الإبراء من الثمن؛ لأن الإذن في

---

(١) تثبيت حق: هو إقراره ولزومه وما لا يفارقه، ومنه يقال: أثبته إذا لم يفارقه، والثبت: الحجة اللازمة، وفلان ثبت في الخصومة: أي لا يزل لسانه عند الخصومة، قال تعالى: ﴿ليثبتوك﴾ [الأنفال: ٣٠]، أي يحرجوك حراجة لا تقوم معها، من أثبت الرمية إذا أصابها فلزمت مكانها ولم تقم. (النظم ١/ ٣٥١).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، فالوكيل باستيفاء الحق لا يحق له أن يثبته في الأصح. (الروضة ٤/ ٣٠٩).

البيع ليس بإذن في الإبراء من الثمن، وهل يملك قبضه أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه لا يملك؛ لأن الإذن في البيع ليس بإذن في قبض الثمن من جهة النطق، ولا من جهة العرف، لأنه قد يرضى الإنسان للمبيع من لا يرضاه للقبض، والثاني: أنه يملك، لأن العرف في البيع تسليم للمبيع، وقبض الثمن، فحملت الوكالة عليه(١).

وإن وكله في شراء عبد، فاشتراه، وسلم الثمن، ثم استحق العبد، فهل يملك أن يخاصم البائع في دَرْك الثمن؟ فيه وجهان، أحدهما: يملك، لأنه من أحكام العقد، والثاني: لا يملك؛ لأن الذي وكل فيه هو العقد، وقد فرغ منه، فزالت الوكالة(٢).

فصل [الوكالة في البيع]:

وإن وكل في البيع في زمان، لم يملك البيع قبله ولا بعده؛ لأن الإذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطق ولا من جهة العرف؛ لأنه قد يؤثر البيع في زمان لحاجة، ولا يؤثر في زمان قبله، ولا زمان بعده.

وإن وكله في البيع في مكان، فإن كان الثمن فيه أكثر، أو النقد فيه أجود، لم يجز البيع في غيره؛ لأنه قد يؤثر البيع في ذلك المكان لزيادة الثمن، أو جودة النقد، فلا يجوز تفويت ذلك عليه، وإن كان الثمن فيه وفي غيره واحداً ففيه وجهان، أحدهما: أنه يملك البيع في غيره؛ لأن المقصود فيهما واحد، فكان الإذن في أحدهما إذناً في الآخر، والثاني: لا يجوز؛ لأنه لما نص عليه دل على أنه قصد عينه لمعنى هو أعلم به من يمين وغيرها، فلم

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، فالأصح أن الوكيل بالبيع له قبض الثمن وتسليم المبيع، لأن ذلك من توابع البيع. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، الروضة ٤/ ٣٠٤).

(٢) ويبدو ترجيح الوجه الأول، لأن مخاصمة البائع في درك الثمن جزء من أحكام العقد، وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل. (وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٠، الروضة ٤/ ٣٢٧).

تجز مخالفته[1].

فصل [الوكالة في البيع من رجل]:

وإن وكله في البيع من رجل، لم يجز أن يبيع من غيره؛ لأنه قد يؤثر تمليكه دون غيره، فلا يكون الإذن في البيع منه إذناً في البيع من غيره[2].

وإن قال: خذ مالي من فلان، فمات، لم يجز أن يأخذ من ورثته؛ لأنه قد لا يرضى أن يكون ماله عنده، ويرضى أن يكون عند ورثته، فلا يكون الإذن في الأخذ منه إذناً في الأخذ من ورثته.

وإن قال: خذ مالي على فلان، فمات، جاز أن يأخذ من ورثته؛ لأنه قصد أخذ ماله، وذلك يتناول الأخذ منه، ومن ورثته.

وإن وكل العدل في بيع الرهن، فأتلفه رجل، فأخذت منه القيمة، لم يجز له بيع القيمة، لأن الإذن لم يتناول بيع القيمة.

فصل [الوكالة في بيع فاسد]:

وإن وكل في بيع فاسد، لم يملك الفاسد، لأن الشرع لم يأذن فيه ولا يملك الصحيح؛ لأن الموكل لم يأذن فيه[3].

فصل [بيع الوكيل من نفسه]:

وإن وكل في بيع سلعة، لم يملك بيعها من نفسه من غير إذن؛ لأن العرف في البيع أن يوجب لغيره، فحمل الوكالة عليه، ولأن إذن الموكل يقتضي البيع ممن يستقصي في الثمن عليه، وفي البيع من نفسه لا يستقصي في الثمن، فلم يدخل في الإذن، وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه؟ فيه وجهان، أحدهما:

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، وأن الوكيل يملك البيع في غير المكان المحدد، (انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٢٨، الروضة ٤/٣١٥).

(٢) قال النووي: «... تعين» (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٢٧).

(٣) انظر: الروضة ٤/٣٢٤.

يملك، وهو قول أبـي سعيد الإصطخري؛ لأنه يجوز أن يبيع منه ماله، فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبـي، والثاني: لا يجوز، وهو قول أبـي إسحاق؛ لأنه متهم في الميل إليهما، كما يتهم[(١)] في الميل إلى نفسه، ولهذا لا تقبل شهادته لهما، كما لا تقبل شهادته لنفسه[(٢)].

فإن أذن له في البيع من نفسه، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز كما يجوز أن يوكل المرأة في طلاقها، والثاني: لا يجوز وهو المنصوص؛ لأنه يجتمع في عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل[(٣)]، والاسترخاص لنفسه، فتمانعا، ويخالف الطلاق، فإنه يصح بالزوج وحده، فصح بمن يوكله، والبيع لا يصح بالبائع وحده، فلم يصح بمن يوكله[(٤)].

وإن وكل رجلاً في بيع عبده، ووكله آخر في شرائه، لم يصح؛ لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان، فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه.

وإن وكله في خصومة رجل، ووكله الرجل في خصومته، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه توكيل في أمر يجتمع فيه غرضان متضادان، فلم يصح، كما لو وكله أحدهما في بيع عبده، ووكله آخر في شرائه، والثاني: يصح؛ لأنه لا يتهم في إقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم[(٥)].

---

(١) أي تلحقه التهمة، أصلها من توهمت، أي ظننت، وأوهمت غيري إيهاماً، والاسم التُّهَمة، بالتحريك، وأصل التاء فيه واو، مثل وكل واتكل (النظم ١/ ٣٥٢).

(٢) الراجح قول الإصطخري في جواز بيع الوكيل مال موكله لابنه الكبير وسائر أصوله وفروعه، لكن لا يجوز أن يبيع ذلك لابنه الصغير، ولا لنفسه (الروضة ٤/ ٣٠٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥).

(٣) الاستقصاء: هو طلب الأقصى، وهو البعيد، أي يجتهد أقصى الجهد أي أبعده (النظم ١/ ٣٥٢).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يجوز للوكيل أن يبيع من نفسه ولو أذن له في البيع (الروضة ٤/ ٣٠٤).

(٥) الوجه الأول هو الراجح، فلا يصح أن يكون وكيلاً لطرفي الخصومة، قال النووي: «والأصح: المنع» (الروضة ٤/ ٣٠٥).

فإن وكل عبد الرجل ليشتري له نفسه، أو عبداً غيره من مولاه، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه لما جاز توكيله في الشراء من غير مولاه، جاز توكيله في الشراء من مولاه، والثاني: لا يجوز؛ لأن يد العبد كيد المولى، ولهذا يحكم له بما في يد العبد، كما يحكم له بما في يده، ثم لو وكل المولى في الشراء من نفسه، لم يجز، فكذلك إذا وكل العبد.

فصل [الوكالة في شراء سلعة موصوفة]:

وإن وكل في شراء سلعة موصوفة، لم يجز أن يشتري معيباً؛ لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة من العيب[1]، ولهذا لو اشترى عيناً فوجد بها عيباً، ثبت له الرد، فإن اشترى معيباً نظرتَ: فإن اشتراه وهو يعلم أنه معيب لم يصح الشراء للموكل؛ لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه فلم يصح له، وإن اشتراه وهو لا يعلم أنه معيب، ثم علم لم يخل، إما أن يرضى به، أو لا يرضى، فإن لم يرض به، نظرتَ: فإن علم الموكل ورضيَ به لم يجز للوكيل رده؛ لأن الرد لحقه، وقد رضي به فسقط، وإن لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد؛ لأنه ظلامة حصلت بعقده فجاز له رفعها، كما لو اشترى لنفسه، فإن قال له البائع أخرِ الرد حتى تشاور الموكل، فإن لم يرض قبلته، لم يلزمه التأخير؛ لأنه حق تعجل له فلم يلزمه تأخيره، وإن قبل منه، وأخره بهذا الشرط، فهل يسقط حقه من الرد؟ فيه وجهان، أحدهما: يسقط؛ لأنه ترك الرد مع القدرة، والثاني: لا يسقط؛ لأنه لم يرض بالعيب[2].

فإن ادعى البائع أن الموكل علم بالعيب، ورضي به، فالقول قول الوكيل

---

(١) انظر: الروضة ٤/٣٠٩.

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ويسقط حق الوكيل بالرد في الأصح، لكن يبقى الحق للموكل بالرد (الروضة ٤/ ٣١٠، ٣١١).

مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرضا، فإن رضي الوكيل بالعيب، سقط خياره، فإن حضر الموكل، ورضي بالعيب، استقر العقد، وإن اختار الرد، نظرتَ: فإن كان قد سماه الوكيل في الابتياع، أو نواه، وصدقه البائع، جاز أن يرده؛ لأن الشراء له، وهو لم يرض بالعيب، وإنما رضي وكيله، فلا يسقط حقه من الرد، وإن لم يسمه الوكيل في الابتياع، ولا صدقه البائع أنه نواه، فالمنصوص أن السلعة تلزم الوكيل؛ لأنه ابتاع في الذمة للموكل ما لم يأذن فيه له(١).

ومن أصحابنا من قال: يلزم الموكل؛ لأن العقد وقع له، وقد تعذر الرد بتفريط الوكيل في ترك الرد، ويرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب؛ لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه.

وفي الذي يرجع به وجهان، أحدهما: وهو قول أبي يحيى البلخي أنه يرجع بما نقص من قيمته معيباً عن الثمن، فإن كان الثمن مائة، وقيمة السلعة مائة، لم يرجع بشيء، وإن كان الثمن مائة، وقيمة السلعة تسعين، رجع بعشرة، كما نقول في شاهدين شهدا على رجل أنه باع سلعة بمائة، فأخذت منه، ووزن له المشتري الثمن، ثم رجع الشهود عن الشهادة، فإن الحكم لا ينقض، ويرجع البائع على الشهود بما نقص من القيمة عن الثمن؛ فإن كان الثمن والقيمة سواء لم يرجع عليهم بشيء، وإن كانت القيمة مائة، والثمن تسعون، رجع بعشرة، والثاني: أنه يرجع بأرش العيب، وهو الصحيح؛ لأنه عيب فات الرد به من غير رضاه، فوجب الرجوع بالأرش(٢).

وإن وكل في شراء سلعة بعينها، فاشتراها ووجد بها عيباً، فهل له أن يرد من غير إذن الموكل؟ فيه وجهان، أحدهما: له أن يرد؛ لأن البيع يقتضي السلامة من

---

(١) وهذا هو القول الراجح، وقطع به بعض الأصحاب. (الروضة ٤/ ٣١٠ ـ ٣١١).

(٢) وهذا هو الراجح بالرجوع بأرش العيب في الأصح، وأشار به النووي عن «المهذب» أيضاً. (الروضة ٤/ ٣١١).

العيب، ولم يسلم من العيب، فثبت له الرد، كما لو وكل في شراء سلعة موصوفة، فوجد بها عيباً، فعلى هذا يكون حكمه في الرد على ما ذكرناه في السلعة الموصوفة، والثاني: لا يرد من غير إذن الموكل؛ لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين[1].

فصل [الوكالة في بيع عبد]:

وإن وكل في بيع عبد، أو شراء عبد، لم يجز أن يعقد على بعضه، لأن العرف في بيع العبد وشرائه أن يعقد على جميعه، فحمل الوكالة عليه، ولأن في تبعيضه إضرار بالموكل، فلم يملك من غير إذن.

وإن وكل في شراء أعبد، أو بيع أعبد، جاز أن يعقد على واحد واحد؛ لأن العرف في العبيد أن تباع وتشترى واحداً واحداً، ولأنه لا ضرر في إفراد بعضهم عن بعض.

وإن وكله أن يشتري له عشرة أعبد صفقة واحدة، فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقة واحدة، ففيه وجهان، قال أبو العباس: يلزم الموكل؛ لأنه اشتراهم صفقة واحدة، ومن أصحابنا من قال: لا يلزم الموكل؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان[2].

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، وأنه يثبت حق الرد بالعيب في الأصح المنصوص. (الروضة ٤/ ٣١٠).

(٢) الراجح هو القول الثاني، فلا يلزم الموكل، لأنه إذا تعدد البائع لم تكن الصفقة واحدة. (الروضة ٤/ ٣٣٣).
قال المطيعي: «والذي يدور عليه مفهوم الوكالة هو إذن الموكل أولاً، وتوخي الأنفع أو الأحظ ثانياً». (المجموع ١٣/ ٥٧٢).

فصل [الوكيل يبيع بنقد البلد]:

ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد[1] من غير إذن؛ ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد من غير إذن؛ لأن إطلاق البيع يقتضي نقد البلد، ولهذا لو قال: بعتك بعشرة دراهم، حمل على نقد البلد، وإن كان في البلد نقدان باع بالغالب منهما؛ لأن نقد البلد هو الغالب، فإن استويا في المعاملة، باع بما هو أنفع للموكل؛ لأنه مأمور بالنصح له، ومن النصح أن يبيع بالأنفع، فإن استويا باع بما شاء منهما، لأنه لا ميزة لأحدهما على الآخر، فخير بينهما.

وإن أذن له في العقد بنقد، لم يجز أن يعقد بنقد آخر؛ لأن الإذن في جنس ليس بإذن في جنس آخر، ولهذا لو أذن له في شراء عبد، لم يجز أن يشتري جارية، ولو أذن له في شراء حمار لم يجز أن يشتري فرساً.

فصل [الوكالة بالشراء في الذمة]:

وإن دفع إليه ألفاً، وقال: اشتر بعينها عبداً، فاشترى في ذمته، لم يصح الشراء للموكل؛ لأنه لم يرض بالتزام غير الألف، فإذا ابتاع بألف في الذمة، فقد ألزمه في ذمته ألفاً لم يرض بالتزامها، فلم يلزمه.

وإن قال: اشتر لي في الذمة، وانقد الألف فيه، فابتاع بعينها، ففيه وجهان، أحدهما: أن البيع باطل، لأنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف الألف، فعقد عقداً ينفسخ بتلف الألف، وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به، والثاني: أنه يصح؛ لأنه أمره بعقد يلزمه الثمن مع بقاء الألف، ومع تلفها، وقد عقد عقداً يلزمه الثمن مع بقائها، ولا

---

(١) نقدت الدراهم وانتقدتها إذا أخرجت منها الزيف، والدرهم نقد أي وازن جيد، والناقد والنقاد الذي يعرف الجيد والرديء منها، ونقدت له الدراهم فانتقدها أي قبضها أيضاً، والنقد ضد الفقد أي يداً بيد. (النظم ١/٣٥٣)، والمراد بالبلد بلد البيع، لا بلد الوكيل، وانظر أحكام الفصل في (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٢٣، ٢٢٤، الروضة ٤/٣٠٣).

يلزمه مع تلفها، فزاده بذلك خيراً[(١)].

وإن دفع إليه ألفاً، وقال: اشتر عبداً، ولم يقل: بعينها، ففيه وجهان، أحدهما: أن مقتضاه الشراء بعينها؛ لأنه لما دفع إليه الألف دل على أنه قصد الشراء بها، فعلى هذا إذا اشترى في ذمته لم يصح الشراء؛ والثاني: أنه لا يقتضي الشراء بعينها؛ لأن الأمر مطلق فعلى هذا يجوز أن يشتري بعينها، ويجوز أن يشتري في الذمة، وينقد الألف فيه[(٢)].

فصل [الثمن في الشراء وكالة]:

فإن وكله في الشراء، ولم يدفع إليه الثمن، فاشتراه ففي الثمن، ثلاثة أوجه، أحدها: أنه على الموكل، والوكيل ضامن؛ لأن المبيع للموكل، فكان الثمن عليه، والوكيل تولى العقد، والتزم الثمن، فضمنه، فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل؛ لأن أحدهما ضامن، والآخر مضمون عنه، فإن وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل، وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل.

والثاني: أن الثمن على الوكيل دون الموكل؛ لأن الذي التزم هو الوكيل، فكان الثمن عليه، فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل؛ لأن الثمن عليه، ولا يجوز له مطالبة الموكل؛ لأنه لا شيء عليه.

فإن وزن الوكيل رجع على الموكل؛ لأنه التزم بإذنه، وإن لم يزن، لم يرجع، كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه أنه إذا وزن رجع، وإذا لم يزن لم يرجع[(٣)].

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، وأن البيع في هذه الصورة لم يصح على الأصح. (الروضة ٤/ ٣٢٣، ٣٢٤).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، وأن المشتري يتخير بين الشراء بعينه أو في الذمة في الأصح، لأن الاسم يتناولهما. (الروضة ٤/ ٣٢٤).

(٣) في المسألة وجهان في مطالبة الوكيل الموكل قبل أن يغرم فيه، والأصح المنع. (الروضة ٤/ ٣٢٧).

وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن، وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن.

والثالث: أن الثمن على الوكيل، وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن، وإن لم يطالبه البائع[1].

فصل [الوكالة والبيع بثمن مؤجل]:

ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بثمن مؤجل من غير إذن؛ لأن الأصل في البيع النقد، وإنما يدخل التأجيل لكساد أو فساد، فإذا أطلق حُمل على الأصل، فإن أذن له في بيع مؤجل، وقدَّر الأجل، لم يبع إلى أجل أكثر منه، لأنه لم يرض بما زاد على المقدر، فبقي على الأصل في المنع.

وإن أطلق الأجل، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح التوكيل؛ لأن الآجال تختلف فيكثر الغرر فيه، فلم يصح، والثاني: يصح ويحمل على العرف في مثله؛ لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف، وإن لم يكن فيه عرف باع بأنفع ما يقدر عليه؛ لأنه مأمور بالنصح لموكله[2].

ومن أصحابنا من قال: يجوز القليل والكثير؛ لأن اللفظ مطلق، ومنهم من قال: يجوز إلى سنة، لأن الديون المؤجلة في الشرع مقدرة بالسنة، وهي الدية، والجزية.

والصحيح: هو الأول، وقول القائل الثاني: إن اللفظ مطلق، لا يصح؛ لأن العرف يخصه، ونصح الموكل يخصه، وقول القائل الثالث: لا يصح؛ لأن الدية

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، وللبائع أن يطالب الوكيل والموكل في الأصح. (الروضة ٤/٣٠٨، ٣٢٧).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويصح التوكيل المؤجل إذا أطلقه في الأصح، والأصح أنه ينظر إلى المتعارف في مثله، فإن لم يكن فيه عرف راعى الأنفع. (الروضة ٤/ ٣٠٥).

والجزية وجبت بالشرع فحمل على تأجيل الشرع، وهذا وجب بإذن الموكل فحمل على المتعارف.

وإن أذن له في البيع إلى أجل فباع بالنقد، نظرتَ: فإن باع بدون ما يساوي نسيئة لم يصح؛ لأن الإذن في البيع نسيئة يقتضي البيع بما يساوي نسيئة، فإذا باع بما دونه لم يصح، وإن باع نقداً بما يساوي نسيئة، فإن كان في وقت لا يأمن أن ينهب، أو يسرق، لم يصح؛ لأنه ضرر لم يرض به، فلم يلزمه، وإن كان في وقت مأمون، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه قد يكون له غرض في كون الثمن في ذمة مليّ ففوت عليه ذلك، فلم يصح، والثاني: يصح؛ لأنه زاده بالتعجيل خيراً[1].

وإن وكله أن يشتري عبداً بألف، فاشتراه بألف مؤجل، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح الشراء للموكل؛ لأنه قصد أن لا يكون عليه دين، وأن لا يشتري إلاّ بما معه، والثاني: أنه يصح؛ لأنه حصل له العبد، وزاده بالتأجيل خيراً[2].

فصل [الوكيل واشتراط الخيار]:

ولا يجوز للوكيل في البيع أن يشترط الخيار للمشتري، ولا للوكيل في الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن؛ لأنه شرط لا حظ فيه للموكل، فلا يجوز من غير إذن كالأجل[3] وهل يجوز أن يشترط لنفسه أو للموكل؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز، لأن إطلاق البيع يقتضي البيع من غير شرط، والثاني: يجوز،

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويصح البيع بالنقد، بما يساوي النسيئة في وقت مأمون على الأصح. (الروضة ٤/ ٣٢٧).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويصح البيع بالألف المؤجلة قطعاً إذا كان يجبر صاحب الدين على قبول تعجيله، أما إذا كان لا يجبر ففيه وجهان، فالراجح أنه لا يصح الشراء هنا للموكل. (الروضة ٤/ ٣١٧، ٣١٨).

(٣) انظر: الروضة ٤/ ٢٣٢.

لأنه احتاط للموكل بشرط الخيار[1].

فصل [الوكيل وثمن المثل]:

ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بدون ثمن المثل، بما لا يتغابن الناس به، من غير إذن، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، بما لا يتغابن الناس به، من غير إذن؛ لأنه منهيٌّ عن الإضرار بالموكل، مأمورٌ بالنصح له، وفي النقصان عن ثمن المثل في البيع، والزيادة على ثمن المثل في الشراء، إضرار وترك النصح، ولأن العرف في البيع ثمنُ المثل، فحُمل إطلاق الإذن عليه[2].

فإن حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل؛ لأنه مأمور بالنصح والنظر للموكل، ولا نصح ولا نظر للموكل في ترك الزيادة[3].

وإن باع بثمن المثل، ثم حضر من يزيد في حال الخيار، ففيه وجهان، أحدهما: لا يلزمه فسخ البيع؛ لأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة، فلا يلزمه الفسخ بالشك، والثاني: يلزمه الفسخ، وهو الصحيح، لأن حال الخيار كحال العقد، ولو حضر في حال العقد من يزيد، وجب البيع منه، فكذلك إذا حضر في حال الخيار، وقول القائل الأول إنه قد لا يثبت على الزيادة، فيكون الفسخ بالشك، لا يصح؛ لأن الظاهر أنه يثبت، فلا يكون الفسخ بالشك.

وإن باع بنقصان يتغابن الناس بمثله، بأن باع ما يساوي عشرة بتسعة، صح البيع، وإن اشترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها، بأن ابتاع ما يساوي عشرة بأحد عشر، صح الشراء، ولزم الموكل، لأن ما يتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل،

(١) الوجه الثاني هو الراجح، فيجوز للوكيل أن يشترط الخيار للمتعاقدين، وللموكل إذا أمره بالبيع وأطلق، قال النووي: «قلت: أصحهما الجواز». (الروضة ٤/ ٢٣٢).

(٢) انظر: الروضة ٤/٣٠٣.

(٣) انظر: الروضة ٤/٣٠٣، ٣٠٤.

ولأنه لا يمكن الاحتراز منه فعفي عنه[1].

وإن اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها، بأن ابتاع ما يساوي عشرة باثني عشر، فإن كان بعين مال الموكل بطل الشراء، لأنه عقد على ماله عقداً لم يأذن فيه، وإن كان في الذمة لزم الوكيل، لأنه اشترى في الذمة بغير إذن، فوقع الملك لـه.

وإن باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله، بأن باع ما يساوي عشرة بثمانية، لم يصح البيع؛ لأنه بيع غير مأذون فيه، فإن كان المبيع باقياً رُدّ، وإن كان تالفاً وجب ضمانه، وللموكل أن يضمن الوكيل؛ لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمن المشتري؛ لأنه قبض ما لم يكن له قبضه، فإن اختار تضمين المشتري ضمن جميع القيمة، وهو عشرة؛ لأنه ضمن المبيع بالقبض، فضمنه بكمال البدل، وإن اختار تضمين الوكيل، ففيه ثلاثة أقوال، أحدها: أنه يضمنه جميع القيمة؛ لأنه لزمه رد المبيع فضمن جميع بدله، والثاني: يضمنه تسعة؛ لأنه لو باعه بتسعة جاز، فلا يضمن ما زاد، ويضمن المشتري تمام القيمة، وهو درهم، والثالث: يضمنه درهماً؛ لأنه لم يفرط إلاَّ بدرهم فلا يضمن غيره، ويضمن المشتري تمام القيمة، وهو تسعة[2]، وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشتري، وما يضمنه المشتري لا يرجع به على الوكيل، لأن المبيع تلف في يده، فاستقر الضمان عليه.

وإن قدر الثمن، فقال: بع بألف درهم، لم يجز أن يبيع بما دونها، لأن الإذن في الألف ليس بإذن فيما دونها[3]، وإن باع بألفين نظرتَ: فإن كان قد عين من يبيع منه لم يجز، لأنه قصد تمليكه بألف، فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه،

---

(١) انظر: الروضة ٤/ ٣٠٣.

(٢) القول الأول هو الراجح، ويضمن الوكيل كمال القيمة. (الروضة ٤/ ٩٢، ٣٠٣).

(٣) انظر: الروضة ٤/ ٣١٦.

وإن لم يعين من يبيع منه جاز؛ لأن الإذن في الألف إذن فيما زاد من جهة العرف؛ لأن من رضي بألف رضي بألفين.

وإن قال: بع بألف ، ولا تبع بما زاد، لم يجز أن يبيع بما زاد، لأنه صرح بالنهي، فدل على غرض قصده، فلم يجز مخالفته.

وإن قال: بع بألف، فباع بألف وثوب، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يصح؛ لأنه حصل له الألف وزيادة، فصار كما لو باع بألفي درهم، والثاني: أنه لا يصح؛ لأن الدراهم والثوب تتقسط على السلعة، فيكون ما يقابل الثوب من السلعة مبيعاً بالثوب، وذلك خلاف ما يقتضيه الإذن، فإن الإذن يقتضي البيع بالنقد[1]، فعلى هذا هل يبطل العقد في الدراهم؟ فيه قولان، بناء على تفريق الصفقة.

وإن وكّله في بيع عبد بألف، فباع نصفه بألف، جاز؛ لأنه مأذون له فيه من جهة العرف؛ لأن من يرضى ببيع العبد بألف يرضى ببيع نصفه بالألف، فإن باع نصفه بما دون الألف، لم يصح؛ لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقي بتمام الألف.

وإن وكله في بيع ثلاثة أعبد بألف، فباع عبداً بدون الألف لم يصح؛ لأنه قد لا يشتري الباقي بما بقي من الألف، وإن باع أحد الثلاثة بألف، جاز؛ لأن من رضي ببيع ثلاثة بألف رضي ببيع أحدهم بألف، وهل له أن يبيع الآخرين؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يملك؛ لأنه قد حصل المقصود، وهو الألف، والثاني: أنه يجوز؛ لأنه أذن له في بيع الجميع، فلا يسقط الأمر ببيع واحد منهم، كما لو لم يقدر الثمن[2].

وإن وكله في شراء عبد بعينه بمائة، فاشتراه بخمسين، لزم الموكل؛ لأنه مأذون فيه من جهة العرف؛ لأن من رضي أن يشتري عبداً بمائة، رضي أن يشتريه بخمسين.

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ويصح البيع في الأصح، كما صرح به النووي. (الروضة ٤/ ٣١٩ ــ ٣٢٠).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويصح أن يبيع الآخرَيْن في الأصح. (الروضة ٤/ ٣٣٣).

وإن قال: اشتر بمائة، ولا تشتر بخمسين، جاز أن يشتري بمائة؛ لأنه مأذون فيه، ولا يشتري بخمسين؛ لأنه منهي عنه، ويجوز أن يشتري بما بين الخمسين والمائة؛ لأنه لما أذن في الشراء بالمائة دل على أنه رضي بالشراء بما دونها، ثم خرج الخمسون بالنهي، وبقي فيما زاد على ما دل عليه المأمور به، وهل يجوز أن يشتري بأقل من الخمسين؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه لما نص على المائة دل على أن ما دونها أولى إلاَّ فيما أخرجه النهي، والثاني: لا يجوز؛ لأنه لما نهى عن الخمسين دل على أن ما دونها أولى بالمنع[1].

وإن قال: اشتر هذا العبد بمائة، فاشتراه بمائة وعشرة، لم يلزم الموكل، وقال أبو العباس: يلزم الموكل بمائة، ويضمن الوكيل ما زاد على المائة؛ لأنه تبرع بالتزام الزيادة، والمذهب الأول؛ لأنه زاد على الثمن المأذون، فلم يلزم الموكل كما لو قال: اشتر لي عبداً، فاشتراه بأكثر من ثمن المثل، ولأنه لو قال: بع هذا العبد بمائة، فباعه بمائة إلاَّ عشرة، لم يصح، ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة، فكذلك إذا قال: اشتر هذا العبد بمائة، فاشتراه بمائة وعشرة، لم يلزم الموكل، ثم يضمن الوكيل ما زاد على المائة.

وإن وكله في شراء عبد بمائة، فاشترى عبداً بمائتين، وهو يساوي المائتين، لم يلزم الموكل؛ لأنه غير مأذون فيه من جهة النطق، ولا من جهة العرف؛ لأن رضاه بعبد بمائة، لا يدل على الرضا بعبد بمائتين.

وإن دفع إليه ديناراً، وأمره أن يشتري شاة، فاشترى شاتين، فإن لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يلزم الموكل؛ لأنه لا يطلب بدينار ما لا يساوي ديناراً، وإن كان كل واحدة منهما تساوي ديناراً، نظرتَ: فإن اشترى في الذمة، ففيه قولان، أحدهما: أن الجميع للموكل؛ لأن النبـي ﷺ دفع إلى عُرْوةَ البَارقي ديناراً ليشتري له شاة، فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار، وأتى النبـي ﷺ بشاة ودينار، فدعا

---

(١) ويبدو ترجيح الوجه الثاني بمنع البيع فيما دون الخمسين لأنها داخلة في المنع.

له بالبركة[1]، ولأن الإذن في شاة بدينار، إذن في شاتين بدينار؛ لأن من رضي شاة بدينار رضي شاتين بدينار، والثاني: أن للموكل شاة؛ لأنه أذن فيه والأخرى للوكيل؛ لأنه لم يأذن فيه الموكل فوقع الشراء للوكيل[2].

فإن قلنا: إن الجميع للموكل، فباع إحداهما، فقد خرج أبو العباس فيه وجهين، أحدهما: أنه لا يصح؛ لأنه باع الموكل بغير إذنه فلم يصح، والثاني أنه يصح، لحديث عروة البارقي، والمذهب الأول[3]، والحديث يتأول[4]، وإن قلنا: إن للوكيل شاة، استرجع الموكل منه نصف دينار، وإن اشترى الشاتين بعين الدينار، فإن قلنا: فيما اشترى في الذمة إن الجميع للموكل، كان الجميع ههنا للموكل، وإن قلنا: إن إحداهما للوكيل، والأخرى للموكل، صح الابتياع للموكل في إحداهما، ويبطل في الأخرى؛ لأنه لا يجوز أن يحصل الابتياع له بمال الموكل، فبطل.

فـصـل [حقوق العقد في الوكالة]:

إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل، انتقل الملك إلى الموكل؛ لأن العقد

---

(١) حديث عروة البارقي صحيح، وسبق بيانه ص ٣٤٣ هـ ٢.
والبركة: هي النماء والزيادة، مثل بُرْكة الماء والطعام، والبَركة أيضاً الإقامة والدوام، ومنه «تبارك الله» أي دام، ودوام النعمة أيضاً، ومنه سميت البُرْكة لإقامة الماء فيها. (النظم ١/ ٣٥٥).

(٢) القول الأول هو الراجح، ويصح الشراء في الأظهر مع حصول المال في الشاتين للموكل، وفي قول شاذ أنه لا يصح الشراء للموكل في واحدة منهما، بل يقعان للوكيل. (الروضة ٤/ ٣١٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٩).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، فلا يصح البيع، وهو مثل الخلاف في القولين في بيع الفضولي، فعلى الجديد يلغو، وعلى القديم ينعقد موقوفاً على إجازة الموكل، قال النووي: «قلت: الأظهر أنه لا يصح بيعه». (الروضة ٤/ ٣١٩).

(٤) يُتأول: أي ينظر ما يؤول إليه أمره في تفسيره، وهو تأويله، مأخوذ من آل، وهو الرجوع، يقال: آل الملك إلى فلان أي رجع. (النظم ١/ ٣٥٥).

له، فوقع الملك له، كما لو عقده بنفسه، وإن اشترى ما لم يأذن فيه، فإن كان قد اشتراه بعين مال الموكل، فالعقد باطل؛ لأنه عقد على مال لم يؤذن في العقد عليه، فبطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه[1].

وإن اشتراه بثمن في الذمة، نظرت فإن لم يذكر الموكل في العقد لزمه ما اشترى؛ لأنه اشترى لغيره في الذمة ما لم يأذن فيه، فانعقد الشراء له كما لو اشتراه من غير وكالة[2]، وإن ذكر الموكل في العقد، ففيه وجهان، أحدهما: أن العقد باطل؛ لأنه عقد على أنه للموكل، والموكل لم يأذن فيه، فبطل، والثاني: أنه يصح العقد، ويلزم الوكيل ما اشتراه، وهو قول أبي إسحاق، وهو الصحيح؛ لأنه اشترى في الذمة، ولم يصح في حق الموكل، فانعقد في حقه، كما لو لم يذكر الموكل[3].

فصل [الإشهاد في قضاء الدين بالوكالة]:

وإن وكله في قضاء دين، لزمه أن يشهد على القضاء؛ لأنه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل، ومن النظر أن يشهد عليه، لئلا يرجع عليه.

فإن ادعى الوكيل أنه قضاه وأنكر الغريم، لم يقبل قول الوكيل على الغريم؛ لأن الغريم لم يأتمنه على المال، فلا يقبل قوله عليه في الدفع[4]، كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى الصبي، وهل يضمن المال للموكل؟ ينظر فيه، فإن كان في غيبة الموكل، وأشهد شاهدين، ثم مات الشهود، أو فسقوا لم يضمن؛ لأنه لم يفرط، وإن لم يشهد ضمن؛ لأنه فرط، وإن أشهد شاهداً واحداً ففيه وجهان،

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٩.
(٢) أي يقع الشراء للوكيل. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٩).
(٣) الوجه الثاني هو الراجح، فيصح العقد على الأصح، ويقع للوكيل. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٩).
(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٦، الروضة ٤/ ٣٤٤.

أحدهما: لا يضمن؛ لأن الشاهد مع اليمين بينة، والثاني: يضمن؛ لأنه فرط حيث إنه اقتصر على بينة مختلف فيها[1]، وإن كان بمحضر الموكل، وأشهد، لم يضمن، وإن لم يشهد، ففيه وجهان، أحدهما: لا يضمن؛ لأن المفرط هو الموكل، فإنه حضر وترك الإشهاد، والثاني: أنه يضمن؛ لأن ترك الإشهاد يثبت الضمان، فلا يسقط حكمه بحضور الموكل، كما لو أتلف ماله وهو حاضر.

وإن وكله في إيداع ماله عند رجل، فهل يلزمه الإشهاد؟ فيه وجهان، أحدهما: يلزمه؛ لأنه لا يأمن أن يجحد، فيشهد عليه الشهود، والثاني: لا يلزمه؛ لأن القول قول المودع في الرد والهلاك، فلا فائدة في الإشهاد[2].

وإن وكله في الإيداع، فادعى أنه أودع، وأنكر المودع، لم يقبل قول الوكيل عليه؛ لأنه لم يأتمنه المودع، فلا يقبل قوله عليه، كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى اليتيم، وهل يضمن الوكيل؟ ينظر فيه، فإن أشهد، ثم مات الشهود، أو فسقوا، لم يضمن؛ لأنه لم يفرط، وإن لم يشهد، فإن قلنا: إنه يجب الإشهاد ضمن؛ لأنه فرّط، وإن قلنا: لا يجب لم يضمن؛ لأنه لم يفرط.

فصل [ادعاء الوكالة وتصديقها]:

وإن كان عليه حق لرجل، فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه، وصدّقه، جاز أن يدفع إليه، ولا يجب الدفع إليه، وقال المزني: يجب الدفع إليه؛ لأنه أقر له بحق القبض، وهذا لا يصح؛ لأنه دفع غير مبرىء، فلم يجبر عليه، كما لو كان عليه دين بشهادة فطولب به من غير إشهاد[3]، فإن دفع إليه

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، فيقبل ببينة أو شاهد ويحلف معه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٣٦).

(٢) قال النووي: «ولو أمره بالإيداع ففي لزوم الإشهاد وجهان مذكوران في الوديعة». (الروضة ٤/٣٤٤).

(٣) القول الأول هو الراجح، وأن المذهب لا يلزمه الدفع إلاَّ ببينة على وكالته. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٧).

ثم حضر الموكل، وأنكر التوكيل، فالقول قوله مع يمينه أنه ما وكّل؛ لأن الأصل عدم التوكيل، فإذا حلف نظرتَ: فإن كان الحق عيناً أخذها إن كانت باقية، ورجع ببدلها إن كانت تالفة، وله أن يطالب الدافع والقابض، لأن الدافع سلم إلى من لم يأذن له الموكل، والقابض أخذ ما لم يكن له أخذه، فإن ضمن الدافع لم يرجع على القابض، وإن ضمن القابض لم يرجع على الدافع، لأن كل واحد منهما يقول: إن ما يأخذه المالك ظلم، فلا يرجع به على غيره، وإن كان الحق ديناً، فله أن يطالب به الدافع؛ لأن حقه في ذمته لم ينتقل، وهل له أن يطالب القابض؟ فيه وجهان، أحدهما: له أن يطالب، وهو قول أبـي إسحاق، لأنه يقر بأنه قبض حقه فرجع عليه كما لو كان الحق عيناً، والثاني: ليس له، وهو قول أكثر أصحابنا؛ لأن دينه في ذمة الدافع لم يتعين فيما صار في يد القابض، فلم يجز أن يطالب به[1].

وإن جاء رجل إلى من عليه الحق وادعى أنه وارث صاحب الحق، فصدقه وجب الدفع إليه؛ لأنه اعترف بأنه لا مالك له غيره، وأن دفعه إليه دفع مبرىء، فلزمه[2].

وإن جاء رجل فقال: أحالني عليك صاحب الحق، فصدقه، ففيه وجهان، أحدهما: يلزمه الدفع إليه؛ لأنه أقر له أنه انتقل الحق إليه، فصار كالوارث، والثاني: أنه لا يلزمه؛ لأن الدفع غير مبرىء؛ لأنه ربما يجيء صاحب الحق فينكر الحوالة، فيضمنه[3]، وإن كذبه لم يلزمه الدفع إليه في المسائل كلها، وهل يحلف؟ إن قلنا: إنه إن صدقه لزمه الدفع إليه، حَلف، لأنه قد يخاف اليمين،

---

(١) إن كان المدفوع تالفاً فلا يطالبه قولاً واحداً، وإن كان باقياً فلا يطالبه في الأصح، وبه قال الأكثرون. (الروضة ٤/٣٤٦).

(٢) قال النووي: «وجب الدفع على المذهب» وفيه طريق ثان فيه قولان، أحدهما هذا هو المنصوص. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٣٧).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، فلو قال: أحالني عليك وصدق وجب الدفع في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٣٧).

فيصدقه، فيلزمه الدفع إليه[1]، وإن قلنا: لا يلزمه الدفع إليه إذا صدقه، لم يحلف؛ لأن اليمين يعرض ليخاف، فيصدق، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين.

فصل [الوكالة غير لازمة]:

ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل إذا شاء، ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه متى شاء؛ لأنه أذن في التصرف في ماله، فجاز لكل واحد منهما إبطاله، كالإذن في أكل طعامه[2].

وإن رهن عند رجل شيئاً، وجعلاه على يد عدل، واتفقا على أنه يبيعه إذا حلّ الدين، ثم عزله الراهن عن البيع، انعزل؛ لأنه وكيله في البيع، فانعزل بعزله، كالوكيل في بيع غير الرهن، وإن عزله المرتهن، ففيه وجهان، أحدهما: أنه ينعزل، وهو ظاهر النص؛ لأنه يبيع الرهن لحقه، فانعزل بعزله، كالراهن، والثاني: لا ينعزل، وهو قول أبي إسحاق، لأنه ليس بوكيل له في البيع، فلم ينعزل بعزله.

وإن وكل رجلاً في تصرف، وأذن له في توكيل غيره، نظرتَ: فإن أذن له في التوكيل عن الموكل فهما وكيلان للموكل، فإن بطلت وكالة أحدهما لم تبطل وكالة الآخر، وإن أذن له في توكيله عن نفسه، فإن الثاني وكيل الوكيل، فإن عزله الموكل انعزل؛ لأنه يتصرف له، فملك عزله كالوكيل، وإن عزله الوكيل انعزل؛ لأنه وكيله فانعزل بعزله، وإن بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته؛ لأنه فرع له، فإذا بطلت وكالة الأصل بطلت وكالة الفرع[3].

---

(١) وهذا هو الوجه الراجح كما سبق في الهامش السابق، أنه يجب الدفع فإن كذبه حلف.

(٢) قال النووي: «الوكالة جائزة من الجانبين». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٢)، وانظر: الروضة ٤/ ٣٣٠.

(٣) الفرع: أصله من أصل الشجرة المتصلة بالأرض، والفرع من فروعها، وهي أغصانها المرتفعة، يقال: فرع الأكمة أي أعلاها. (النظم ١/ ٣٥٧).

وإن وكل رجلاً في أمر، ثم خرج عن أن يكون من أهل التصرف في ذلك الأمر، بالموت، أو الجنون، أو الإغماء، أو الحجر، أو الفسق، بطلت الوكالة؛ لأنه لا يملك التصرف، فلا يملك غيره من جهته(١).

وإن أمر عبده بعقد، ثم أعتقه أو باعه، ففيه وجهان، أحدهما: لا ينعزل، كما لو أمر زوجته بعقد ثم طلقها، والثاني: أنه ينعزل؛ لأن ذلك ليس بتوكيل في الحقيقة، وإنما هو أمر، ولهذا يلزم امتثاله، وبالعتق والبيع سقط أمره عنه(٢).

وإن وكل في بيع عين، فتعدى فيها، بأن كان ثوباً فلبسه، أو دابة فركبها، فهل تبطل الوكالة أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: تبطل، فلا يجوز له البيع؛ لأنه عقد أمانة فتبطل بالخيانة كالوديعة، والثاني: أنها لا تبطل؛ لأن العقد يتضمن أمانة وتصرفاً، فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقي التصرف، كالرهن يتضمن أمانة ووثيقة، فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة، وبقيت الوثيقة(٣).

وإن وكل رجلاً في تصرف، ثم عزله، ولم يعلم الوكيل بالعزل، ففيه قولان، أحدهما: لا ينعزل، فإن تصرف صح تصرفه؛ لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي كأمر صاحب الشرع، والثاني: أنه ينعزل، فإن تصرف لم ينفذ تصرفه؛ لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه، فلم يفتقر إلى علمه، كالطلاق(٤).

فصل [الوكيل أمين]:

والوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل، فإن تلف في يده من غير

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٢، الروضة ٤/ ٣٣٠.

(٢) انظر: الروضة ٤/ ٣٣١.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، فإن تعدى الوكيل ضمن ولا ينعزل في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٠).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، فينعزل في الحال، وعدَّهما النووي قولان. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣١، الروضة ٤/ ٣٣٠).

تفريط[1] لم يضمن؛ لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل، فلم يضمن[2].

وإن وكله في بيع سلعة، وقبض ثمنها، فباعها وقبض ثمنها، وتلف الثمن واستحق المبيع، رجع المشتري بالثمن على الموكل؛ لأن البيع له، فكان الرجوع بالعهدة كما لو باع بنفسه.

فصل [الاختلاف بين الموكل والوكيل]:

إذا ادعى رجل على رجل أنه وكله في تصرف، فأنكر المدعى عليه، فالقول قوله؛ لأنه ينكر عقداً الأصل عدمه، فكان القول قوله.

وإن اتفقا على الوكالة، واختلفا في صفتها، بأن قال الوكيل: وكلتني في بيع ثوب، وقال الموكل: بل وكلتك في عبد، أو قال الوكيل وكلتني في البيع بألف، وقال: بل وكلتك في البيع بألفين، أو قال الوكيل: وكلتني في البيع بثمن مؤجل، وقال الموكل: بل وكلتك في البيع بثمن حال، فالقول قول الموكل[3]؛ لأنه ينكر إذناً، والأصل عدمه، ولأن من جعل القول قوله في أصل التصرف، كان القول قوله في كيفيته[4]، كالزوج في الطلاق.

فصل [الاختلاف في التصرف]:

وإن اختلفا في التصرف، فادعى الوكيل أنه باع المال، وأنكر الموكل،

---

(١) التفريط هو من فرط أي تقدم، والفرط أول الواردة، كأنه تقدم في البيع من غير روية ولا استظهار، وفرط في الأمر يفرط أي قصر فيه وضيعه حتى فات وكذلك التفريط. (النظم ١/ ٣٥٧).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٠.

(٣) يصدق الموكل بيمينه. (الروضة ٤/ ٣٣٨، ٣٤١ المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٣).

(٤) الكيفية منسوب إلى كيف، وهي كلمة استفهام، أي كيف وقع؟ كما وقع الكمية في النسبة إلى كم الاستفهامية بتشديد الميم وتخفيفها. (النظم ١/ ٣٥٧).

أو اتفقا على البيع، واختلفا في قبض الثمن، فادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف، وأنكر الموكل، ففيه قولان أحدهما: أن القول قول الوكيل؛ لأنه يملك العقد والقبض، ومن ملك تصرفاً ملك الإقرار به، كالأب في تزويج البكر، والثاني: أنه لا يقبل قوله؛ لأنه إقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن، فلم يقبل، كما لو أقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه[1].

وإن وكله في ابتياع جارية، فابتاعها، ثم اختلفا، فقال الوكيل: ابتعتها بإذنك بعشرين، وقال الموكل بل أذنت لك في ابتياعها بعشرة، فالقول قول الموكل لما بيناه، فإن حلف الموكل صارت الجارية للوكيل في الظاهر؛ لأنه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الإذن، فإن كان الوكيل كاذباً كانت الجارية له في الظاهر والباطن، وإن كان صادقاً كانت الجارية للموكل في الباطن وللوكيل في الظاهر، قال المزني: ويستحب الشافعي رحمه الله في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل[2]، فيقول إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين، فبعه إياها بعشرين، فإن قال له: بعتك هذه الجارية بعشرين، صارت الجارية للوكيل في الظاهر والباطن[3]، وإن قال كما قال المزني: إن كنت أذنت لك في ابتياعها بعشرين، فقد بعتكها بعشرين، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا يصح؛ لأنه بيع معلق على شرط، فلم يصح، وجعل ما قاله المزني من كلام الحاكم لا من كلام الموكل، ومنهم من قال: يصح؛ لأن هذا الشرط يقتضيه العقد، لأنه لا يصح أن يبيعها إلاَّ أن يكون قد أذن له في الابتياع بعشرين، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه[4].

---

(١) الراجح هو القول بالتفصيل، فإن كان الاختلاف قبل تسليم المبيع فيصدق الموكل، وإن كان بعده فيصدق الوكيل على المذهب. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٥).

(٢) الرفق ضد العنف، أي يلطف به ويلين له القول حتى يسكن إليه. (النظم ١/ ٣٥٨).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٤، الروضة ٤/ ٣٣٨.

(٤) الأصح الصحة، لأنه لا يتمكن من البيع إلاَّ بهذا الشرط. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٤، الروضة ٤/ ٣٣٩).

فإن امتنع الموكل من البيع قال المزني: يبيعها الوكيل، ويأخذ حقه من ثمنها، وقال أبو سعيد الإصطخري: فيه وجهان، أحدهما: ما قال المزني، والثاني: أنه يملكها ظاهراً وباطناً بناء على القولين فيمن ادعى على رجل أنه اشترى منه داراً، وأنكر المشتري وحلف، أن المستحب للمشتري أن يقول للبائع: إن كنت اشتريتها منك، فقد فسخت البيع، وإن لم يفعل المشتري ذلك، ففيه قولان، أحدهما: أن البائع يبيع الدار، ويأخذ ثمنها، والثاني: أن البائع يملك الدار؛ لأن المشتري صار كالمفلس بالثمن، لتعذر الثمن من جهته فيكون البائع أحق بعين ماله، وقال أبو إسحاق: لا يملك الوكيل الجارية قولاً واحداً، وتخالف الدار، لأنها كانت للبائع، فإذا تعذر الثمن انفسخ البيع، وعاد المبيع إليه، كما يعود إذا تحالف المتبايعان، والجارية لم تكن للوكيل، فتعود إليه عند التعذر[1]، فإن قلنا: يملكها ظاهراً وباطناً تصرف فيها بالوطء وغيره، وإن قلنا: إنها للموكل في الباطن، كان كمن له على رجل دين لا يصل إليه، ووجد له مالاً من غير جنس حقه[2].

فصل [الاختلاف في التلف]:

وإن اختلفا في تلف المال، فادعى الوكيل أنه تلف، وأنكر الموكل، فالقول قول الوكيل؛ لأن التلف يتعذر إقامة البينة عليه، فجعل القول قوله[3].

فصل [الاختلاف في الرد]:

وإن اختلفا في رد المال، فقال الوكيل: رددت عليك المال، وأنكر الموكل،

---

(١) تعذر الثمن من جهته أي تعسر. (النظم ١/ ٣٥٧).

(٢) الراجح هو القول الأخير لأبي إسحاق، وأن الوكيل لا يملكها باطناً، بل هي للموكل، وللوكيل عليه الثمن، ويجوز له بيع الجارية في الأصح، ويكون البيع بنفسه على الأصح، لا بالحاكم. (الروضة ٤/ ٣٤٠).

(٣) قال النووي: «وقول الوكيل في تلف المال مقبول بيمينه». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٥)، وانظر: الروضة ٤/ ٣٤٢.

نظرتَ: فإن كانت الوكالة بغير جُعْل، فالقول قول الوكيل مع يمينه؛ لأنه قبض العين لمنفعة المالك، فكان القول في الرد قوله كالمودع، وإن كانت الوكالة بجُعْل، ففيه وجهان، أحدهما: لا يقبل قوله؛ لأنه قبض العين لمنفعة نفسه، فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر والمرتهن، والثاني: أنه يقبل قوله؛ لأن انتفاعه بالعمل في العين، فأما العين فلا منفعة له فيها، فقبل قوله في ردها، كالمودع في الوديعة[1].

فصل [طلب الإشهاد على الدفع]:

إذا كان لرجل على رجل آخر حقٌّ، فطالبه به، فقال: لا أعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض، نظرتَ: فإن كان مضموناً عليه كالغصب والعارية، فإن كان عليه فيه بينة، فله أن يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض؛ لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد، ويقيم عليه البينة، فيغرمه[2]، وإن كان أمانة كالوديعة أو ما في يد الوكيل، والشريك، أو مضموناً لا بينة عليه فيه، ففيه وجهان، أحدهما: أن له أن يمتنع حتى يشهد بالقبض، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد، فيحتاج أن يحلف أنه لا يستحق عليه، وفي الناس من يكره أن يحلف، والثاني: أنه ليس له أن يمتنع؛ لأنه إذا جحد كان القول قوله أنه لا يستحق عليه شيئاً، وليس عليه في اليمين على الحق ضرر، فلم يجز له أن يمتنع[3]، والله أعلم.

● ● ●

(١) الوجه الثاني هو الراجح فيقبل قول الوكيل في الرد، ولو كانت الوكالة بجعل. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٥، الروضة ٤/ ٣٤٢).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٦، الروضة ٤/ ٣٤٥.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، وليس للوكيل والمودَع أن يمتنع عن الرد إلا بإشهاد في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٦)، وفي المسألة وجه ثالث. (الروضة ٢/ ٣٤٥).

كتاب الوديعة

يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة(١) وأداء الأمانة فيها، أن يقبلها، لقوله تعالى: ﴿وتعاونُوا على البِرِّ والتَّقْوى﴾(٢) [المائدة: ٢]، ولما روى أبو هريرة رَضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «مَنْ كشفَ عن مسلمٍ كربةً من كُرَبِ الدُنْيا كشفَ الله عنه كربةً منْ كرب يومِ القيامةِ، والله تعالى في عون العبد(٣)، ما دام العبد في عون أخيه(٤)»، فإن لم يكن من يصلح لذلك غيره، وخاف إن لم يقبل أن تهلك،

(١) الوديعة مشتق من قولهم: الشيء وادع أي ساكن، فكأنها ساكنة عند المودَع لا تحرك، ويقال: ودعته أدعه ودعاً: تركته، وقيل إنها مشتقة من الدعة وهي الأمان، أي هي أمان من التلف عند المودَع، والاشتقاقان واحد، لأن الوديعة فاؤها واو، والدعة فاؤها واو. (النظم ١/ ٣٥٨، المجموع ١٤/ ٣).

والوديعة هي المال الموضوع عند أجنبي ليحفظه. (الروضة ٦/ ٣٢٤).

(٢) البر: اسم جامع للخير كله، والتقوى فعلى من اتقيت، والتاء مبدلة من الواو، وهو من الوقاية، أي ما يقي الإنسان من الأذى في الدنيا والآخرة من العذاب. (النظم ١/ ٣٥٨).

(٣) العون: الظهير على الأمر، والجمع أعوان، ومنه قوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة: ٢]، أي تعاهدوا وتساعدوا، ولا ينفرد بعضكم عن بعض. (النظم ١/ ٣٥٨).

(٤) حديث أبـي هريرة هذا جزء من حديث رواه البخاري عن ابن عمر. (٢/ ٨٦٢ كتاب =

تعين عليه قبولها[1]؛ لأن حرمة المال، كحرمة النفس، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبـي ﷺ قال: «حرمةُ مالِ المؤمنِ[2] كحرمةِ دمهِ»[3] ولو خاف على دمه لوجب عليه حفظه، فكذلك إذا خاف على ماله.

وإن كان عاجزاً عن حفظها، أو لا يأمن أن يخون فيها، لم يجز له قبولها، لأنه يغرر بها، ويعرضها للهلاك[4]، فلم يجز له أخذها[5].

فـصـل [صفات المودع]:

ولا يصح الإيداع إلاَّ من جائز التصرف في المال، فإن أودعه صبـي أو سفيه

= المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه)، ومسلم (١٦/ ١٣٥ كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم)، وأحمد (٢/ ٩١)، ورواه أبو داود والترمذي وابن ماجه. (المجموع ١٤/ ٥).

ورواه أحمد عن أبـي هريرة برواية المصنف (٢/ ٢٥٢، ٢٧٤، ٢٩٦، ٥٠٠)، والبيهقي عن ابن عمر (٦/ ٩٤).

(١) تعين عليه قبولها: أي لزمه بعينه إذا لم يرد التوكيد، فإن أراد التوكيد حذف الباء. (النظم ١/ ٣٥٩).

(٢) الحرمة: ما يحرم عليه منه، ولا يحل له انتهاكه، كما يحرم عليه قتله وإراقة دمه. (النظم ١/ ٣٥٩).

(٣) حديث ابن مسعود رواه أبو نعيم في «الحلية». (الفتح الكبير ٢/ ٧١)، ورواه الدارقطني (٣/ ٢٦)، وقال السيوطي غريب، وضعفه، وأخرجه البزار وأبو يعلى. (فيض القدير ٣/ ٣٨٢).

وورد في معنى الحديث أحاديث كثيرة، أظهرها ما جاء في خطبة الوداع: «إن الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا». (المجموع ١٤/ ٥)، وسبق تخريج حديث خطبة الوداع ج ٢ ص ٨٥٤ هـ ١، سيرد تخريجه ص ٤١١ هـ ٣.

(٤) أي ينصبها له، ويظهرها لمن يأخذها، ومنه قوله تعالى: ﴿وعرضنا جهنم يومئذ للكافرين عرضاً﴾ [الكهف: ١٠٠]، أي أبرزناها وجعلناها في مكان يرونها. (النظم ١/ ٣٥٩).

(٥) انظر: الروضة ٦/ ٣٢٤، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٩.

لم يقبل؛ لأنه تصرف في المال، فلم يصح من الصبي والسفيه، كالبيع، فإن أخذها منه ضمنها؛ لأنه أخذ ماله من غير إذن فضمنه كما لو غصبه[1]، ولا يبرأ من الضمان إلاَّ بالتسليم إلى الناظر في ماله، كما نقول فيما غصبه من ماله.

وإن خاف المودَع أنه إنْ لم يأخذ منه استهلكه فأخذه، ففيه وجهان، بناء على القولين في المحرم إذا خلص طائراً من جارحة، وأمسكه ليحفظه، أحدهما: لا يضمن؛ لأنه قصد حفظه، والثاني: يضمن؛ لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان[2].

فصل [صفات المودَع]:

ولا يصح إلاَّ عند جائز التصرف، فإن أودع صبياً أو سفيهاً لم يصح الإيداع؛ لأن القصد من الإيداع الحفظ، والصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ، فإن أودع واحداً منهما فتلف عنده لم يضمن؛ لأنه لا يلزمه حفظه، فلا يضمنه، كما لو تركه عند بالغ من غير إيداع، فتلف، وإن أودعه فأتلفه، ففيه وجهان، أحدهما: يضمن؛ لأنه لم يسلطه على إتلافه فضمنه بالإتلاف، كما لو أدخله داره فأتلف ماله، والثاني: لا يضمن؛ لأنه مكنه[3] من إتلافه فلم يضمنه، كما لو باع منه شيئاً وسلمه إليه فأتلفه[4].

فصل [صيغة الوديعة]:

وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الإيجاب بالقول، والقَبول

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨٠.

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ولا يضمن المودَع في هذه الحالة على الأصح. (الروضة ٦/ ٣٢٥، مغني المحتاج ٣/ ٨١).

(٣) مكنه من الشيء وأمكنه أي سلطه عليه فهو قادر عليه لا يمنعه منه مانع. (النظم ١/ ٣٥٩).

(٤) الوجه الأول هو الراجح، ويضمن الصبي والسفيه في الأظهر إذا أتلف الوديعة لعدم تسليطه عليه، وقال النووي: هما قولان. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨١، الروضة ٦/ ٣٢٦).

بالفعل[1]، وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة، من العزل، والجنون، والإغماء[2]، والموت، كما تنفسخ الوكالة؛ لأنه وكالة في الحفظ، فكان كالوكالة في العقد والفسخ[3].

فصل [الوديعة أمانة]:

والوديعة أمانة[4] في يد المودع، فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من أودع وديعةً فلا ضمان عليه»[5]، وروي ذلك عن أبي بكر وعمرَ وعليّ وابنِ مسعودٍ وجابرٍ رضي الله عنهم[6]، وهو إجماع فقهاء الأمصار، ولأنه يحفظها للمالك، فكانت يده كيده، ولأن حفظ الوديعة معروف وإحسان، فلو ضمنت من غير عدوان زهد الناس في قبولها، فيؤدي إلى قطع المعروف.

فإن أودعه، وشرط عليه الضمان، لم يصر مضموناً؛ لأنه أمانة، فلا يصير مضموناً بالشرط، كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط.

وإن ولدت الوديعة ولداً كان الولد أمانة؛ لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان، لا بنفسه ولا بأمه، وهل يجوز له إمساكه؟ فيه وجهان، أحدهما:

---

(١) اختلف الأصحاب في اشتراط القبول باللفظ، والأصح لا يشترط، بل يكفي القبض. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨٠، الروضة ٦/ ٣٢٤).

(٢) أغمي عليه، وهو مغمى عليه، أي يغشى عليه، وهو مغشي عليه. (النظم ١/ ٣٥٩).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨١.

(٤) الأمين مشتق من الأمان، وهو ضد الخوف، لأنه يأمن عليها في يده، ولا يخاف تلفها. (النظم ١/ ٣٥٩).

(٥) حديث عمرو بن شعيب رواه البيهقي (٦/ ٢٨٩)، ورواه الدارقطني بلفظ «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»، وقال: فيه ضعيفان، (٣/ ٩٧)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٩٧.

(٦) انظر هذه الآثار في (سنن البيهقي ٦/ ٢٨٩).

لا يجوز، بل يجب أن يعلم صاحبه، كما لو ألقت الريح ثوباً في داره، والثاني: يجوز؛ لأن إيداع الأم إيداع لما يحدث منها[١].

فصل [حفظ الوديعة في الحرز]:

ومن قبل الوديعة، نظرتَ: فإن لم يعين المودع الحرز[٢]، لزمه حفظها في حرز مثلها، فإن أخر إحرازها، فتلفت، لزمه الضمان؛ لأنه ترك الحفظ من غير عذر، فضمنها، فإن وضعها في حرز دون حرز مثلها، ضمن؛ لأن الإيداع يقتضي الحفظ، فإذا أطلق حمل على التعارف، وهو حرز المثل، فإذا تركها فيما دون حرز مثلها، فقد فرط، فلزمه الضمان.

وإن وضعها في حرز فوق حرز مثلها، لم يضمن؛ لأن من رضي بحرز المثل، رضي بما فوقه.

فإن قال: لا تقفل عليه، فأقفل عليه، أو قال: لا تقفل عليه قفلين، فأقفل قفلين، أو قال: لا ترقد عليه، فرقد عليه، فالمذهب أنه لا يضمن؛ لأنه زاده في الحرز.

ومن أصحابنا من قال: يضمن؛ لأنه نبه اللص عليه، وأغراه[٣].

فصل [تعيين الحرز للوديعة]:

وإن عين له الحرز، فقال: احفظها في هذا البيت، فنقلها إلى ما دونه،

---

(١) يبدو ترجيح الوجه الثاني، لأن الولد تبع لأمه، وفرع منها، وولد عند المودَع، فيكون وديعة.

(٢) الحرز: من أحرز الشيء إذا احتاط في حفظه، وهو الموضع الحصين، يقال: هذا حرز حريز، ويسمى التعويذ حرزاً، لأنه يحرز صاحبه أي يحفظه ويحصنه مما يحزر. (النظم ١/ ٣٥٩).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، ولا يضمن المودَع على الصحيح، لأنه زاده خيراً. (الروضة ٦/ ٣٣٧).

ضمن؛ لأن من رضي حرزاً، لم يرض بما دونه، وإن نقلها إلى مثله، أو إلى ما هو أحرز منه، لم يضمن؛ لأن من رضي حرزاً رضي مثله، وما هو أحرز منه، وإن قال له احفظها: في هذا البيت، ولا تنقلها، فنقلها إلى ما دونه، ضمن؛ لأنه لم يرض بما دونه، وإن نقلها إلى مثلها، أو إلى ما هو أحرز منه، ففيه وجهان، قال أبو سعيد الإصطخري: لا يضمن؛ لأنه جعله في مثله، فأشبه إذا لم ينهه عن النقل، وقال أبو إسحاق: يضمن؛ لأنه نهاه عن النقل، فضمنه بالنقل[1].

فإن خاف عليه في الحرز المعين من نهب، أو حريق، نظرتَ: فإن كان النهي مطلقاً، لزمه النقل، ولا يضمن، لأن النهي عن النقل للاحتياط في حفظها، والاحتياط في هذا الحال أن تنقل، فلزمه النقل، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها؛ لأنه فرط في الترك.

وإن قال له: لا تنقل، وإن خفت عليها الهلاك، فنقلها، لم يضمن؛ لأنه زاده خيراً، وإن تركها حتى تلفت ففيه وجهان، قال أبو العباس وأبو إسحاق: لا يضمن؛ لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأ من الضمان، وقال أبو سعيد الإصطخري: يضمن، لأن نهيه عن النقل مع خوف الهلاك لا حكم له؛ لأنه خلاف الشرع فيصير كما لو لم ينهه، والأوّل أظهر، لأن الضمان يجب لحقه، فسقط بقوله، وإن خالف الشرع، كما لو قال لغيره: اقطع يدي، أو أتلف مالي[2].

فصل [الاختلاف في الحفظ]:

فإن أودعه شيئاً فربطه في كمه، لم يضمن، فإن تركه في كمه، ولم يربطه، نظرتَ: فإن كان خفيفاً إذا سقط لم يعلم به ضمنه، لأنه مفرط في حفظه، وإن كان ثقيلاً إذا سقط علم به لم يضمن؛ لأنه غير مفرط، وإن تركه

---

(١) الراجح قول أبي إسحاق، فإن المودَع يضمن لصريح المخالفة من غير حاجة. (الروضة ٦/ ٣٣٩، ٣٤٠).

(٢) الراجح قول أبي العباس وأبي إسحاق، فلا يضمن في الصحيح. (الروضة ٦/ ٣٤٠).

في جيبه[1] فإن كان مزرراً، أو كان الفتح ضيقاً، لم يضمن؛ لأنه لا تناله اليد، وإن كان واسعاً غير مُزرر ضمن؛ لأن اليد تناله[2].

وإن أودعه شيئاً، فقال: اربطه في كمك، فأمسكه في يده، فتلف فقد روى المزني أنه لا يضمن، وروى الربيع في «الأم» أنه يضمن، فمن أصحابنا من قال: هو على قولين، أحدهما: لا يضمن؛ لأن اليد أحرز من الكم[3]؛ لأنه قد يسرق من الكم، ولا يسرق من اليد، والثاني: أنه يضمنُ؛ لأن الكم أحرز من اليد، لأن اليد حرز مع الذكر دون النسيان، والكم حرز مع النسيان والذكر، ومن أصحابنا من قال: إن ربطها في كمه، وأمسكها بيده، لم يضمن، لأن اليد مع الكم أحرز من الكم، وإن تركها في يده، ولم يربطها في كمه، ضمن؛ لأن الكم أحرز من اليد، وحمل الروايتين على هذين الحالين[4].

وإن أمره أن يحرزها في جيبه فأحرزها في كمه ضمن؛ لأن الجيب أحرز من الكم؛ لأن الكم قد يرسله فيقع منه، ولا يقع من الجيب.

وإن قال: احفظها في البيت، فشدها في ثوبه، وخرج ضمنها؛ لأن البيت أحرز، فإن شدّها في عضده، فإن كان الشد مما يلي أضلاعه، لم يضمن؛ لأنه أحرز من البيت، وإن كان من الجانب الآخر ضمن؛ لأن البيت أحرز منه.

وإن دفعها إليه في السوق، وقال: احفظها في البيت، فقام في الحال ومضى

---

(١) الجيب: مشتق من جاب إذا قطع، يقال: جبت القميص أجوبه إذا قورت جيبه، والمجوب حديدة يجاب بها أي يقطع، ومنه قوله تعالى: ﴿وجابوا الصخر بالواد﴾ [الفجر: ٩]، أي قطعوه. (النظم ١/ ٣٦٠).

(٢) نقل هذه الصورة النووي عن «المهذب». (الروضة ٦/ ٣٣٦).

(٣) الكم: أصله الغطاء، والجمع أكمام وكممة، والكمة القلنسوة المدوّرة لا تغطي الرأس. (النظم ١/ ٣٦٠).

(٤) في المسألة ثلاثة طرق، قال النووي: «الثالث، وهو أصحها، إن تلفت بأخذ غاصب فلا ضمان...، وإن سقطت بنوم أو نسيان ضمن...، فالتلف حصل بالمخالفة» (الروضة ٣/ ٣٣٧ ـ ٣٣٨) وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨٦.

إلى البيت، فأحرزها لم يضمن، وإن قعد في السوق، وتوانى، ضمنَها، لأنه حفظها فيما دون البيت[1].

وإن أودعه خاتماً[2]، وقال: احفظه في البنصر، فجعله في الخنصر[3]، ضمن؛ لأن الخنصر دون البنصر في الحرز، لأن الخاتم في الخنصر أوسع، فهي إلى الوقوع أسرع[4].

وإن قال: اجعله في الخنصر، فجعله في البنصر، لم يضمن؛ لأن البنصر أحرز، لأنه أغلظ، والخاتم فيه أحفظ، وإن قال: اجعله في الخنصر، فلبسه في البنصر، فانكسر ضمن لأنه تعدىٰ فيه[5].

فصل [سفر المودَع]:

وإن أراد المودع السفر، ووجد صاحبها أو وكيله سلمها إليه، فإن لم يجد سلمها إلى الحاكم؛ لأنه لا يمكن منعه من السفر، ولا قدرة على المالك، ولا وكيله، فوجب الدفع إلى الحاكم، كما لو حضر من يخطب المرأة، والولي غائب، فإن الحاكم، ينوب عنه في التزويج.

فإن سلم إلى الحاكم مع وجود المالك، أو وكيله، ضمن؛ لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك أو وكيله، كما لا ولاية له في تزويج المرأة مع حضور الولي أو وكيله.

---

(١) انظر: الروضة ٦/ ٣٣٩.

(٢) الخاتم: فيه لغات بفتح التاء وبكسرها، وخاتام، وخيتام، واشتقاقها من الختم على الشيء كيلا يفتح، من ختم الدن وغيره. (النظم ١/ ٣٦٠).

(٣) الخنصر: هي الصغرى من الأصابع، والبنصر التي تليها، وفي الأصبع أربع لغات، إصبَع مثل درهم، وإصبِع بكسرتين مثل إثمد، وأُصْبُع بضمتين مثل أبلم، وأُصبَع بضم الهمزة وفتح الباء مثل أُكرم، وفيها لغة خامسة: أَصبِع بفتح الهمزة وكسر الباء، مثل: أَضرِب. (النظم ١/ ٣٦٠).

(٤) فصل النووي هذه المسألة، فقال: «إن كان لا ينتهي إلى أصل البنصر، فالذي فعله أحرز ولا ضمان، وإن كان ينتهي إليه ضمن». (الروضة ٦/ ٣٤١).

(٥) انظر: الروضة ٦/ ٣٤١.

فإن لم يكن حاكم، سلمها إلى أمين؛ لأن النبي ﷺ كانت عنده ودائع، فلما أراد الهجرة سلمها إلى أم أيمن، واستخلف علياً كرم الله وجهه في ردها(١).

وإن سلم إلى أمين مع وجود الحاكم، ففيه وجهان، أحدهما: لا يضمن، وهو ظاهر النص، وهو قول أبي إسحاق؛ لأنه أمين فأشبه الحاكم، والثاني: يضمن، وهو ظاهر قوله في الرهن، وهو قول أبي سعيد الإصطخري، لأن أمانة الحاكم، مقطوع بها، وأمانة الأمين غير مقطوع بها، فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به كما لا يترك النص للاجتهاد(٢).

فإن لم يكن أمين، لزمه أن يسافر بها؛ لأن السفر في هذه الحال أحوط.

فإن وجد المالك، أو الحاكم، أو الأمين، فسافر بها ضمن؛ لأن الإيداع يقتضي الحفظ في الحرز، وليس السفر من مواضع الحفظ؛ لأنه إما أن يكون مخوفاً أو آمناً لا يوثق بأمنه، فلا يجوز مع عدم الضرورة(٣).

وإن دفنها، ثم سافر، نظرتَ: فإن كان في موضع لا يد فيه لأحد، ضمن؛ لأن ما تتناوله الأيدي معرض للأخذ، فإن كان في موضع مسكون؛ فإن لم يعلم بها

---

(١) حديث استخلاف علي رضي الله عنه رواه ابن إسحاق بسند قوي. (التلخيص الحبير ٣/ ٩٨، سنن البيهقي ٦/ ٢٨٩).
وأم أيمن هي بركة بنت ثعلبة بن عمرو، مولاة رسول الله ﷺ، ورثها عن أبيه، وهي أم أسامة بن زيد حبُّ رسول الله ﷺ وابن حبه، هاجرت مع عائشة وأسماء وزيد وأسامة. (المجموع ١٤/ ١٧).
وخبر علي لم يرد في كتب السنة، وأمهات كتب فقه الحديث، ولا في كتب تراجم الصحابة، ولا في سير أعلام النبلاء، إلاّ ما رواه ابن هشام عن ابن إسحاق، ولم يذكر فيه «أم أيمن» رضي الله عنها. (المجموع ١٤/ ١٧).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويضمن المودَع (بالفتح) على المذهب، لأنه ترك ترتيب الحفظ للمالك أو وكيله، وإلاّ القاضي، فإن لم يجد فالأمين، فإن ترك الترتيب ضمن. (الروضة ٦/ ٣٢٨، ٣٢٩، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨٢).

(٣) انظر: الروضة ٦/ ٣٢٨.

أحداً ضمن؛ لأنه ربما أدركته المنية في السفر، فلا تصل إلى صاحبها فإن أعلم بها من لا يسكن في الموضع ضمن؛ لأن ما في البيت إنما يكون محفوظاً بحافظ. فإن أعلم بها من يسكن في الموضع، فإن كان غير ثقة، ضمن؛ لأنه عرضة للأخذ، وإن كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة، ثم سافر[١]، وقد بينا حكم من استودع ثم سافر.

فصل [موت الوديع]:

وإن حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر؛ لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه، كما لا يمكنه الحفظ مع السفر، وقد بينا حكمه.

وإن قال في مرضه: عندي وديعة ووصفها، ولم يوجد ذلك في تركته، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق: لا يضرب المقر له مع الغرماء[٢] بقيمتها؛ لأن الوديعة أمانة، فلا يضمن بالشك، ومن أصحابنا من قال: يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء، وهو ظاهر النص؛ لأن الأصل وجوب ردها، فلا يسقط ذلك بالشك[٣].

فصل [الوديع أودع الوديعة]:

وإن أودع الوديعة غيره من غير ضرورة، ضمنها، لأن المودع لم يرض بأمانة غيره، فإن هلكت عند الثاني جاز لصاحبها أن يضمن الأول؛ لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمن الثاني، لأنه أخذ ما لم يكن أخذه، فإن ضمن الثاني نظرت، فإن كان قد علم بالحال لم يرجع بما ضمنه على الأول؛ لأنه دخل على أنه

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨٢.

(٢) يضرب المقر له مع الغرماء: مأخوذ من الضارب الذي يضرب بالقداح، وهو الموكل بها، ومثله الضريب، والجمع الضرباء، لأنه يضرب مع الغرماء بسهم. (النظم ١/ ٣٦١).

(٣) القول الثاني: هو الراجح، وأنه يضمن في الأصح عند جماهير الأصحاب. (الروضة ٦/ ٣٣٠).

يضمن، فلم يرجع، فإن لم يعلم ففيه وجهان، أحدهما: أنه يرجع؛ لأنه دخل على أنه أمانة، فإذا ضمن رجع على من غره، والثاني: أنه لا يرجع؛ لأنه هلك في يده، فاستقر الضمان عليه[1]، فإن ضمن الأول فإن قلنا: إن الثاني إذا ضمن يرجع على الأول، لم يرجع الأول عليه، وإن قلنا: إنه لا يرجع رجع الأول عليه، فأما إذا استعان بغيره في حملها ووضعها في الحرز، أو سقيها، أو علفها، فإنه لا يضمن؛ لأن العادة قد جرت بالاستعانة، ولأنه ما أخرجها عن يده، ولا فوض حفظها إلى غيره.

فصل [خلط الدراهم المودعة]:

وإن أودعه دراهم، فخلطها بمثلها من ماله، ضمن؛ لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره، فإن خلطها بدراهم لصاحب الدراهم، ففيه وجهان، أحدهما: لا يضمن؛ لأن الجميع له، والثاني: أنه يضمن، وهو الأظهر؛ لأنه لم يرض أن يكون أحدهما مختلطاً بالآخر[2].

وإن أودعه دراهم في كيس مشدود، فحلّه أو خرق ما تحت الشد، ضمن ما فيه؛ لأنه هتك الحرز من غير عذر[3].

وإن أودعه دراهم في غير وعاء، فأخذ منها درهماً ضمن الدرهم؛ لأنه تعدى

---

(١) قال النووي: «والكلام في تضمين المالك المودَع الثاني قد سبق في بابي الرهن والغصب». (الروضة ٦/ ٣٢٧)، ومر معنا في باب الرهن في هذا الجزء ص ١٩٣، وما بعدها، وسيأتي في باب الغصب في هذا الجزء ص ٤١١.
وسبق ص ٢٣٣ وما بعدها أن الوجه الأصح بالضمان على المودَع الثاني، لكن يرجع على المودَع الأول في هذه الحالة. (الروضة ٤/ ٩٨).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويضمن المودَع على الأصح إذا خلط الوديعة بمال المالك. (الروضة ٦/ ٣٣٦، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٨٩).

(٣) هذا هو القول الأصح أن مجرد الفض والفتح يقتضي الضمان، ويضمن الجميع، وفيه وجه لا يقتضيه. (الروضة ٦/ ٣٣٦).

فيه، ولا يضمن الباقي؛ لأنه لم يتعد فيه، فإن رد الدرهم فإن كان متميزاً بعلامة لم يضمن غيره، وإن لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع: يضمن الجميع؛ لأنه خلط المضمون بغيره، فضمن الجميع، والمنصوص: أنه لا يضمن الجميع؛ لأن المالك رضي أن يختلط هذا الدرهم بالدراهم، فلم يضمن[1].

فإن أنفق الدرهم، ورد بدله، فإن كان متميزاً عن الدراهم لم يضمن الدراهم؛ لأنها باقية كما كانت، وإن كان غير متميز ضمن الجميع؛ لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز عنها، فضمن الجميع[2].

فصل [تلف الدابة وضمانها]:

فإن أودعه دابة فلم يسقها، ولم يعلفها، حتى ماتت، ضمنها، لأنها ماتت بسبب تعدّى به، فضمنها، وإن قال: لا تسقها، ولا تعلفها، فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت، ففيه وجهان، قال أبو سعيد الإصطخري: يضمن؛ لأنه لا حكم لنهيه؛ لأنه يجب عليه سقيها وعلفها، فإذا ترك ضمن، كما لو لم ينه عن السقي والعلف، وقال أبو العباس وأبو إسحاق: لا يضمن؛ لأن الضمان يجب لحق المالك، وقد رضي بإسقاطه[3].

فصل [إخراج الوديعة من الحرز لمصلحة]:

إذا أخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها، كإخراج الثياب للتشرير[4] لم

---

(١) هذا هو الراجح، ولا يصير الباقي مضموناً، لأن هذا الخلط كان حاصلاً قبل الأخذ. (الروضة ٦/ ٣٣٦).

(٢) انظر: الروضة ٦/ ٣٣٦.

(٣) الراجح قول أبـي العباس وأبـي إسحاق، وأن المودَع لا يضمن على الصحيح إذا ترك علف الدابة بالطلب. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨٥، الروضة ٦/ ٣٣٢).

(٤) شرَّ الثوب وشرره ونشره إذا بسطه في الشمس ليجف، وكذلك شررت الإقط أشره شراً إذا بسطته على خصفة ليجف. (النظم ١/ ٣٦١).

يضمن؛ لأن ذلك من مصلحة الوديعة، ومقتضى الإيداع، فلم يضمن به، وإن أخرجها لينتفع بها ضمنها؛ لأنه تصرف في الوديعة بما ينافي مقتضاها، فضمن به، كما لو أحرزها في غير حرزها[1].

فإن كان دابة فأخرجها للسقي والعلف إلى خارج الحرز، فإن كان المنزل ضيقاً لم يضمن؛ لأنه مضطر إلى الإخراج، وإن كان المنزل واسعاً ففيه وجهان، أحدهما: يضمن، وهو المنصوص، وهو قول أبي سعيد الإصطخري؛ لأنه أخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة فضمنها، كما لو أخرجها ليركبها، والثاني: أنه لا يضمن، وهو قول أبي إسحاق، لأن العادة قد جرت بالسقي والعلف خارج المنزل، وحمل النص عليه إذا كان الخارج غير آمن.

وإن نوى إخراجها للانتفاع، كاللبس والركوب، أو نوى أن لا يردها على صاحبها، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: وهو قول أبي العباس، أنه يضمن، كما يضمن اللقطة إذا نوى تملكها، والثاني: وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي أنه إن نوى إخراجها للانتفاع بها لم يضمن، وإن نوى أن لا يردها ضمن؛ لأن بهذه النية صار ممسكاً لها على نفسه، وبالنية الأولى لا يصير ممسكاً على نفسه، والثالث: وهو قول أكثر أصحابنا، أنه لا يضمن؛ لأن الضمان إنما يكون بفعل يوقع في العين، وذلك لم يوجد[2].

فصل [غصب الوديعة]:

وإن أخذت الوديعة منه قهراً، لم يضمن؛ لأنه غير مفرط في ذلك[3]، وإن

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨٩.

(٢) الوجه الثالث هو الراجح، قال النووي: «ولو نوى الأخذ، ولم يأخذ، لم يضمن على الصحيح». (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨٩).

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٨٨.

أكره حتى سلمها، ففيه وجهان بناء على القولين فيمن أكره حتى أكل في الصوم، أحدهما: أنه يضمن؛ لأن فوت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه، فأشبه إذا أنفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع، والثاني: أنه لا يضمن؛ لأنه مكرَه، فأشبه إذا أخذت بغير فعل من جهته[1].

فصل [طلب رد الوديعة]:

وإن طالبه المودع برد الوديعة، فأخّر من غير عذر، ضمن؛ لأنه مفرط، فإن أخرها لعذر لم يضمن؛ لأنه غير مفرط[2].

فصل [التعدي على الوديعة ثم رفع التعدي]:

وإن تعدى في الوديعة فضمنها، ثم ترك التعدي، في الوديعة، لم يبرأ من الضمان لأنه ضمن العين بالعدوان، فلم يبرأ بالرد إلى المكان، كما لو غصب من داره شيئاً ثم رده إلى الدار[3].

فإن قال المودع: أبرأتك من الضمان، أو أذنت لك في حفظها، ففيه وجهان، أحدهما: يبرأ من الضمان، وهو ظاهر النص؛ لأن الضمان يجب لحقه فسقط بإسقاطه، والثاني: أنه لا يبرأ حتى يردها إليه؛ لأن الإبراء إنما يكون عن حق في الذمة، ولا حق له في الذمة، فلم يصح الإبراء[4].

فصل [اختلاف المودع والمودَع]:

إذا اختلف المودع والمودَع، فقال: أودعتك وديعة، وأنكرها المودع،

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، قال النووي: «فلو أكرهه ظالم حتى سلمها إليه فللمالك تضمينه في الأصح، ثم يرجع على الظالم». (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٨٨).

(٢) انظر: الروضة ٦/ ٣٤٤.

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٩٠، الروضة ٦/ ٣٣٥.

(٤) الوجه الأول هو الراجح، ويبرأ المودَع في الأصح إذا أحدث له المالك استئماناً، أو أبرأه من ضمانها. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٩٠).

فالقول قوله، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لو أنَّ الناسَ أُعْطوا بدعاويهم، لادَّعى ناسٌ من الناس دماءَ ناسٍ وأموالهم، ولكنَّ اليمينَ على المدعى عليه، والبينةَ على من أنكر»[1]، ولأن الأصلَ أنه لم يودعه، فكان القول قوله.

فصل [ادعاء تلف الوديعة]:

وإن ادعى أنها تلفت، نظرت فإن ادعى التلف بسبب ظاهر، كالنهب، والحريق، لم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق؛ لأن الأصل أن لا نهب ولا حريق، ويمكن إقامة البينة عليها، فلم يقبل قوله من غير بينة، فإن أقام البينة على ذلك، أو ادعى الهلاك بسبب يخفى، فالقول قوله مع اليمين، أنها هلكت؛ لأن الهلاك يتعذر إقامة البينة عليه، فقبل قوله مع يمينه[2].

فصل [الاختلاف في الرد]:

وإن اختلفا في الرد، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه أخذ العين لمنفعة المالك، فكان القول في الرد قوله[3]، وإن ادّعى عليه أنه أودعه، فأنكر الإيداع، فأقام المودع بينة بالإيداع، فقال المودَع: صدقتِ البينة أودعتني، ولكنها تلفت، أو رددتها، لم يقبل قوله؛ لأنه صار خائناً ضامناً، فلا يقبل قوله في البراءة بالرد والهلاك[4]، فإن قال: أنا أقيم البينة بالتلف أو الرد، ففيه وجهان، أحدهما: أنها تسمع؛ لأنه لو صدقه المدعي ثبتت براءته، فإذا قامت البينة سمعت، والثاني:

---

(١) هذا الحديث أخرجه مسلم عن ابن عباس (١٢/ ٢ كتاب الأقضية، الباب الأول، مختصر صحيح مسلم ص ٣١٠ رقم ١٠٥٣)، والنسائي (٨/ ٢١٨ كتاب آداب القضاة، باب عظة الحاكم على اليمين)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٨ كتاب الأحكام، باب البينة على المدعي)، والبيهقي (٥/ ٣٣٢، ١٠/ ٢٥٢)، وانظر: نصب الراية ٤/ ٣٩١، وسبق هـ٣ ص ١٤٧، والجملة الأخيرة وردت في المطبوعة والمجموع وليست من الحديث وغير صحيحة.

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٩١.

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٩١.

(٤) انظر: الروضة ٦/ ٣٤٣.

لا تسمع؛ لأنه كذب البينة بإنكاره الإيداع[1].

فأما إذا ادعى عليه أنه أودعه، فقال: ما له عندي شيء، فأقام البينة بالإيداع، فقال: صدقتِ البينة أودعتني، ولكنها تلفت أو رددتها، قُبل قوله مع اليمين، لأنه صادق في إنكاره أنه لا شيء عنده، لأنها إذا تلفت أو ردها عليه، لم يبق له عنده شيء، والله أعلم.

● ● ●

(١) الوجه الأول هو الراجح، وتسمع بينته في الأصح على ما يدعيه في الرد أو التلف (الروضة ٦/ ٣٤٣).

كتاب العارية[1]

الإعارة قربة مندوب إليها، لقوله تعالى: ﴿وتعاونُوا على البِر والتَقْوى﴾ [المائدة: ٢]، وروى جابر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما منْ صاحبِ إبل لا يفعل فيها حقَها إلاّ جاءتْ يومَ القيامةِ أكثرَ ما كانت بقَاعٍ قَرْقَرٍ، تشتد عليه[2] بقوائمها وأخفافها، قال رجل: يا رسول الله، ما حقُ الإبلِ؟ قال:

(١) العارية: بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب، والعارة مثل العارية، وقيل: مستعار بمعنى متعاور أي متداول، وقيل: سميت عارية لأنها تتناول باليد، وفي الحديث «فتعاوروه بأيديهم» أي تناولوه، وتداولوه، وقيل: اشتقاقها من عار إذا ذهب وجاء، وسميت بذلك لذهابها إلى يد المستعير، ثم عودها إلى يد المعير، ومنه سميت العير لذهابها وعودتها، ومنه قيل للرجل البطال: عيار، ورجل عيار إذا كان كثير الطواف والحركة، وقد تخفف العارية في الشعر. (النظم ١/ ٣٦٢).
والعارية فقهاً: إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال. (المجموع ١٤/ ٣١).

(٢) القاع: المستوي من الأرض، والجمع أقوع وأقواع وقيعان، صارت الواو ياء لكسر ما قبلها، والقيعة مثل القاع، وهو قوله: «كسراب بقيعة» والقرقر: الأملس، وقيل: القرقر: المكان المستوي، وقد روي «بقاع قرقر» وهو مثله، وتشتد أي تعدو، وقد شدّ أي عدا. (النظم ١/ ٣٦٣).

حلبها على الماء[1]، وإعارةُ دلوها، وإعارة فحلها»[2].

فصل [صفات المعير]:

ولا تصح الإعارة إلاَّ من جائز التصرف في المال، فأما من لا يملك التصرف في المال، كالصبي، والسفيه، فلا تصح منه؛ لأنه تصرف في المال، فلا يملكه الصبي والسفيه كالبيع[3].

فصل [الإعارة في المال الاستعمالي]:

وتصح الإعارة في كل عين ينتفع بها[4]، مع بقائها، كالدور، والعقار، والعبيد، والجواري، والثياب، والدواب، والفحل للضراب، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «ذكر إعارة دلوها، وإعارة فحلها»[5] وروى أنس أن النبي ﷺ «استعارَ من أبي طلحةَ فرساً فركبه»[6].

وروى صفوان أن النبي ﷺ «استعار منه أدْرُعاً غزاةَ حنين»[7]، فثبتت في

(١) حَلَبها على الماء: بفتح اللام، يقال: حلب بالتحريك، وكذلك الحلب: اللبن المحلوب. (النظم ١/ ٣٦٣).

(٢) حديث جابر رواه مسلم (٧/ ٧١ كتاب الزكاة، باب إثم مانع الزكاة)، وأحمد (٣/ ٣٢١)، وروى بعضه أبو داود (١/ ٣٨٦ كتاب الزكاة، باب في حقوق المال).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٦٥، الروضة ٤/ ٤٢٦.

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٦٦، الروضة ٤/ ٤٢٦.

(٥) حديث جابر سبق بيانه في الفصل السابق هـ ٢ من هذه الصفحة.

(٦) حديث أنس رواه البخاري (٢/ ٩٢٦ كتاب الهبة، باب من استعار من الناس الفرس، ٣/ ١٠٤٩، ١٠٥١ كتاب الجهاد، باب اسم الفرس والحمار، وباب الركوب على الدابة)، والترمذي (٥/ ٣٣٢ كتاب الجهاد، باب الخروج عند الفزع)، وأحمد (٣/ ١٧١، ١٨٠، ٢٧٤)، والبيهقي (٦/ ٨٨).

(٧) حديث صفوان رواه أبو داود (٢/ ٢٦٥ كتاب البيوع، باب تضمين العارية)، وأحمد (٣/ ٤٠١، ٦/ ٤٦٥)، والبيهقي (٦/ ٨٨)، والحاكم (٣/ ٤٩)، وانظر: تفصيل تخريجه في (التلخيص الحبير ٣/ ٧٢).

هذه الأشياء بالخبر، وقسنا عليها كل ما كان ينتفع به مع بقاء عينه.

فصل [ما يحرم إعارته]:

ولا يجوز إعارة جارية ذات جمال لغير ذي رحم محرم؛ لأنه لا يأمن من أن يخلو بها، فيواقعها، فإن كانت قبيحة أو كبيرة لا تشتهى، لم يحرم؛ لأنه يؤمن عليها الفساد.

ولا تجوز إعارة العبد المسلم من الكافر؛ لأنه لا يجوز أن يخدمه[1]، ولا تجوز إعارة الصيد من المُحْرِم؛ لأنه لا يجوز له إمساكه ولا التصرف فيه، ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة؛ لأنه يكره أن يستخدمهما فكره استعارتهما لذلك[2].

فصل [صيغة العارية]:

ولا تنعقد إلاَّ بإيجاب وقبول؛ لأنه إيجاب حق لآدمي، فلا يصح إلاَّ بالإيجاب والقبول، كالبيع، والإجارة، وتصح بالقول من أحدهما، والفعل من الآخر، فإن قال المستعير: أعرني، فسلمها إليه، انعقد، وإن قال: المعير، أعرتك، فقبضها المستعير، انعقد؛ لأنه إباحة للتصرف[3] في ماله فصح بالقول من أحدهما، والفعل من الآخر كإباحة الطعام[4].

فصل [العارية مضمونة]:

وإذا قبض العين ضمنها، لما روى صفوان أن النبي ﷺ «استعار منه أدْرعاً

---

(١) عَبَّرَ المصنف بعدم الجواز، وصرح النووي بالكراهة، فقال: «ويكره إعارة عبد مسلم لكافر». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٦٥).

(٢) قال النووي: «قلت: الذي قاله الأصحاب أنه يكره كراهة تنزيه». (الروضة ٤/ ٤٢٧).

(٣) المباح: خلاف المحظور، وأبحتك الشيء أحللته لك بغير عوض. (النظم ١/ ٣٦٣).

(٤) يشترط في انعقاد العارية اللفظ، كأعرتك، وأعرني، لكن يكفي لفظ أحدهما مع فعل الآخر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٦٦).

يَوْمَ حنين، فقال أغصباً يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة»[1]؛ ولأنه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه، لا على وجه الوثيقة، فضمنها، كالمغصوب.

فإن هلكت نظرتَ: فإن كان مما لا مثلَ له، ففي ضمانها وجهان، أحدهما: يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب، وتصير الأجزاء تابعة للعين، إن سقط ضمانها بالرد، سقط ضمان الأجزاء، وإن وجب ضمانها بالتلف، وجب ضمان الأجزاء، والثاني: أنها تضمن بقيمتها يوم التلف، وهو الصحيح؛ لأنا لو ألزمناه قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف أوجبنا ضمان الأجزاء التالفة بالإذن، وهذا لا يجوز، ولهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال، لم يجب ضمانها[2].

وإن كان مما له مثل، فإن قلنا فيما لا مثل له أنه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلها، وإن قلنا: إنه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها[3].

واختلف أصحابنا في ولد المستعارة، فمنهم من قال: إنه مضمون، لأنها مضمونة، فضمن ولدها كالمغصوبة، ومنهم من قال: لا يضمن؛ لأن الولد لم يدخل في الإعارة فلم يدخل في الضمان، ويخالف المغصوبة فإن الولد يدخل في الغصب، فدخل في الضمان[4].

---

(١) حديث صفوان سبق بيانه قبل فصلين، ص ٣٩٦ هـ ٧.

(٢) الوجه الثاني هو الأصح، وأن العارية تضمن بقيمتها يوم التلف، ويوجد وجه ثالث عبر عنه مع الوجه الثاني بقوله: «لا بأقصى القيم، ولا بيوم القبض». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٤)، وفي قول ثان لا تضمن العارية إلاَّ بالتعدي. (مغني المحتاج ٢/ ٢٦٧، الروضة ٤/ ٤٣١).

وضمان العارية إذا تلفت لا بالاستعمال، فإن تلفت بالاستعمال المأذون فيه فلا يجب ضمانها على الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٦٧، الروضة ٤/ ٤٣٢).

(٣) وهو القول الراجح، كما سبقت الإشارة إليه في الهامش السابق.

(٤) يبدو ترجيح الوجه الثاني بعدم ضمان ولد المستعارة.

فإن غصب عيناً، فأعارها من غيره، ولم يعلم المستعير، وتلفت عنده، فضمن المالك المستعير، لم يرجع بما غرم على الغاصب؛ لأنه دخل على أنه يضمن العين[1]، وإن ضمنه أجرة المنفعة، فهل يرجع على الغاصب؟ فيه قولان، بناء على القولين فيمن غصب طعاماً، وقدمه إلى غيره، أحدهما: يرجع؛ لأنه غرّه، والثاني: لا يرجع، لأن المنافع تلفت تحت يده[2].

فصل [العارية غير لازمة]:

ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض، ويجوز للمستعير أن يرد؛ لأنه إباحة، فجاز لكل واحد منهما رده كإباحة الطعام.

وإذا فسخ العقد وجب الرد على المستعير، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ «استعار من صفوانَ بنِ أميةَ أدرعاً وسلاحاً[3]، فقال: أعارية مؤداة؟ قال: عارية مؤداة»[4].

ويجب ردها إلى المعير أو إلى وكيله، فإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه لم يبرأ من الضمان؛ لأن ما وجب رده وجب رده إلى المالك، أو إلى وكيله، كالمغصوب والمسروق.

فصل [الانتفاع بالعارية]:

ومن استعار عيناً، جاز له أن يستوفي منفعتها بنفسه، وبوكيله؛ لأن الوكيل

---

(١) انظر: الروضة ٤/ ٤٣٣، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٩، في باب الغصب.

(٢) القول الثاني هو الراجح، ويضمن المستعير أجرة المنفعة في الأظهر لمباشرته إتلاف المنفعة. (الروضة ٤/ ٤٣٣).
وفصل النووي مسألة الغصب والإعارة في كتاب الغصب. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٩).

(٣) السلاح اسم لكل ما يقاتل به من الحديد وغيره، وجمعه أسلحة. (النظم ١/ ٣٦٤).

(٤) الحديث سبق بيانه في ص ٣٩٦ هـ ٧، وقوله: «مؤداة» بالهمز أي مردودة، من أدى دينه إذا قضاه، والاسم الأداء، وهو أداء الأمانة عند طلبها. (النظم ١/ ٣٦٤).

نائب عنه، وهل له أن يعير غيره؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز، كما يجوز للمستأجر أن يؤجر، والثاني: لا يجوز، وهو الصحيح؛ لأنه إباحة فلا يملك بها الإباحة لغيره كإباحة الطعام، ويخالف المستأجر، فإنه يملك المنافع، ولهذا يملك أن يأخذ عليه العوض، فملك نقله إلى غيره كالمشتري للطعام، والمستعير لا يملك، ولهذا لا يملك أخذ العوض عليه، فلا يملك نقله إلى غيره، كمن قدم إليه الطعام[1].

فصل [الإطلاق والتعيين في العارية]:

وتجوز الإعارة مطلقاً، ومعيناً لأنه إباحة، فجاز مطلقاً ومعيناً، كإباحة الطعام.

فإن قال: أعرتك هذه الأرض لتنتفع بها، جاز له أن يزرع، ويغرس، ويبني؛ لأن الإذن مطلق[2].

وإن استعار للبناء أو للغراس، جاز له أن يزرع؛ لأن الزرع أقل ضرراً من الغراس والبناء، فإذا رضي بالبناء والغراس رضي بالزرع[3]، ومن أصحابنا من قال: إن استعار للبناء لم يزرع؛ لأن في الزرع ضرراً ليس في البناء، وهو أنه يرخي الأرض، وإن استعار للزرع لم يغرس، ولم يبن؛ لأن الغراس والبناء أكثر ضرراً من الزرع، فلا يكون الإذن في الزرع إذناً في الغراس والبناء[4].

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يجوز للمستعير أن يعير على الصحيح. (الروضة ٤/٤٢٦).

(٢) القول الصحيح أنه لا تصح إعارة الأرض مطلقة، بل يشترط تعيين المنفعة، وفي قول: تصح، وإذا أعاره الأرض لينتفع بها كيف يشاء، أو كما يبدو له، فالأصح الصحة. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٦٩).

(٣) قال النووي: «إذا استعار لبناء أو غراس فله الزرع، ولا عكس». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٦٩)، وانظر: الروضة ٤/ ٤٣٥.

(٤) القول الأول هو الراجح، كما سبق بالهامش السابق ٣، لكن يختلف الأمر بين الغرس والبناء، قال النووي: «والصحيح أنه لا يغرس مستعير للبناء، وكذا العكس». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٦٩).

وإن استعار للحنطة زرع الحنطة، وما ضرره ضرر الحنطة؛ لأن الرضا بزراعة الحنطة رضا بزراعة مثله.

وإن استعار للغراس أو البناء، ملك ما أذن فيه منهما، وهل يملك الآخر؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يملك الآخر؛ لأن الغراس والبناء يتقاربان في البقاء والتأبيد[١]، فكان الإذن في أحدهما إذناً في الآخر، والثاني: أنه لا يجوز؛ لأن في كل واحد منهما ضرراً ليس في الآخر، فإن ضرر الغراس في باطن الأرض أكثر وضرر البناء في ظاهر الأرض أكثر، فلا يملك بالإذن في أحدهما الآخر[٢].

فصل [الرجوع في الإعارة]:

وإن أعاره أرضاً للغراس أو البناء، فغرس وبنى، ثم رجع، لم يجز أن يغرس ويبني شيئاً آخر، لأنه يملك الغراس والبناء بالإذن، وقد زال الإذن.

فأما ما غرس وبنى فينظرُ فإن كان قد شرط عليه القلع، أجبر على القلع[٣]، لقوله ﷺ: «المؤمنونَ عندَ شروطهم»[٤]، ولأنه رضي بالتزام الضرر الذي يدخل عليه بالقلع، فإذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض؛ لأنه لما شرط عليه القلع رضي بما يحصل بالقلع من الحفر، ولأنه مأذون فيه، فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص، كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبليه منه.

---

(١) التأبيد: هو الثبوت والإقامة على الأبد، والأبد الدهر، يقال: لا أفعله أبد الآبدين، أي دهر الداهرين، ومنه قوله تعالى: ﴿خالدين فيها أبداً﴾ [البينة: ٨]، يقال أبد بالمكان يأبد أبوداً إذا أقام به. (النظم ١/ ٣٦٤).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، وأن الإعارة للغرس لا يبني وكذا العكس، وسبق في كلام الأصحاب، ص ٤٠٠ هـ ٤. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٦٩).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧١، الروضة ٤/ ٤٣٧.

(٤) هذا جزء من حديث، ورد بلفظ «المسلمون عند شروطهم» أو «على شروطهم». رواه البخاري معلقاً (٢/ ٧٩٤ كتاب الإجارة، باب أجر السمسار)، وأبو داود (٢/ ٢٧٣ كتاب الأقضية، باب الصلح)، والترمذي (٤/ ٥٨٤ كتاب الأحكام، باب الصلح بين الناس).

وإن لم يشرط القلع، نظرتَ: فإن لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع، قلع؛ لأنه يمكن رد العارية فارغة[1] من غير إضرار، فوجب ردها، فإن نقصت قيمة الغراس والبناء بالقلع، نظرتَ: فإن اختار المستعير القلع، كان له ذلك؛ لأنه ملكه فملك نقله، فإذا قلعه فهل تلزمه تسوية الأرض؟ فيه وجهان، أحدهما: لا تلزمه، لأنه لما أعاره مع العلم بأن له أن يقلع، كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريب، فلم تلزمه التسوية، كما لو شرط القلع، والثاني: تلزمه؛ لأن القلع باختياره، فإنه لو امتنع لم يجبر عليه، فلزمه تسوية الأرض، كما لو أخرب أرض غيره من غير غراس[2]، وإن لم يختر القلعَ نظرتَ: فإن بذل المعير قيمة الغراس والبناء، ليأخذه مع الأرض، أجبر المستعير عليه؛ لأنه رجوع في العارية من غير إضرار، وإن ضمن أرش النقص بالقلع، أجبر المستعير على القلع؛ لأنه رجوع في العارية من غير إضرار.

وإن بـذل[3] المعير القيمة، ليـأخذه مـع الأرض، وبـذل المستعير قيمة الأرض، ليأخذها مع الغراس، قدم المعير؛ لأن الغراس يتبع الأرض في البيع، فجاز أن يتبعها في التملك، والأرض لا تتبع الغراس في البيع، فلم تتبعه في التملك.

وإن امتنع المعير من بذل القيمة، وأرش النقص، وبذل المستعير أجرة

---

(١) الفارغ: الخالي، ومنه قوله تعالى: ﴿وأصبح فؤاد أم موسى فارغاً﴾ [القصص: ١٠]، أي خالياً من الصغير، وقيل خالياً من كل شيء إلاَّ ذكر موسى، وتفريغ الظروف إفراغها، وأفرغت الإناء: صببت ما فيه، فهو فارغ، أي خال. (النظم ١/ ٣٦٤).

(٢) الوجه الأول هو الراجح عند الرافعي، فلا تلزم المستعير تسوية الأرض إذا اختار القلع، لكن النووي رحمه الله تعالى رجح الوجه الثاني، وقال: «قلت: الأصح تلزمه». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧١)، وأكد ذلك في «الروضة» وأنه عند الجمهور تلزمه تسوية الحفر. (الروضة ٤/ ٤٣٨).

(٣) وإن بذل أي أعطى تطوعاً وتبرعاً من غير إكراه ولا مطالبة، يقال: بذلت الشيء أبذله بذلاً، أي أعطيته وجدْت به. (النظم ١/ ٣٦٤).

الأرض، لم يجبر على القلع(١)، لقوله ﷺ: «ليسَ لعرقِ ظالمٍ حق»(٢) وهذا ليس بظالم، فوجب أن يكون له حق، ولأنه غراس مأذون فيه، فلا يجوز الإضرار به في قلعه.

وإن لم يبذل المستعير الأجرة، ففيه وجهان، أحدهما: لا يقلع؛ لأن الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان، والثاني: يقلع؛ لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير أجرة(٣).

فصل [الدخول إلى الأرض المعارة]:

إذا أقررنا الغراس في ملكه، فأراد المعير أن يدخل إلى الأرض للتفرج، أو يستظل بالغراس، لم يكن للمستعير منعه؛ لأن الذي استحق المستعير من الأرض موضع الغراس، فأما البياض فلا حق للمستعير فيه، فجاز للمالك دخوله(٤).

---

(١) انظر: الروضة ٤/٤٣٨.

(٢) هذا جزء من حديث رواه البخاري (٢/٨٢٣ كتاب الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً)، ورواه أبو داود، وأوله «من أحيا أرضاً...» (٢/١٥٨ كتاب الخراج والإمارة، باب في إحياء الموات)، والترمذي (٤/٦٣١ كتاب الأحكام، باب إحياء أرض الموات)، وأحمد (٥/٣٣٧)، والبيهقي (٦/٩٩)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/٥٤.
وقوله: «ليس لعرق ظالم حق» يُروىٰ «لعرقٍ» بالتنوين، و «ظالم» نعته، ويُروىٰ «لعرقِ» بغير تنوين، مضاف إلى «ظالم»، فمن نون جعله ظالماً بنفسه، تشبيهاً ومجازاً، وظالم: نعت سبب ومن لم ينون فهو على حذف مضاف، أي لذي عرق ظالم، فالظالم هو الغارس، وهو أن يجيء الرجل إلى أرض فيغرس فيها غرساً يستوجب به الأرض. (النظم ١/٣٦٥).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، ولا يلزم المعير القلع مجاناً، وفيما يجب فعله وجهان، أحدهما: يبيع الحاكم الأرض مع البناء أو الغراس لفصل الخصومة، وقال الأكثرون: يعرض الحاكم عنهما إلى أن يختارا شيئاً، وتبقى الحالة كما سيذكرها المصنف في الفصل التالي. (الروضة ٤/٤٣٨).

(٤) انظر: الروضة ٤/٤٣٨.

وإن أراد المستعير دخولها نظرت فإن كان للتفرج والاستراحة[1] لم يجز: لأنه قد رجع في الإعارة فلا يجوز دخولها من غير إذن، وإن كان لإصلاح الغراس أو أخذ الثمار، ففيه وجهان، أحدهما: لا يملك؛ لأن حقه إقرار الغراس والبناء دون ما سواه، والثاني: أنه يملك، وهو الصحيح؛ لأن الإذن في الغراس إذن فيه فيما يعود بصلاحه، وأخذ ثماره[2].

وإن أراد المعير بيع الأرض جاز؛ لأنه لا حق فيها لغيره، فجاز له بيعها، وإن أراد المستعير بيع الغراس من غير المعير، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه ملك له لا حق فيه لغيره، والثاني: لا يجوز؛ لأن ملكه غير مستقر؛ لأن للمعير أن يبذل له قيمة الغراس والبناء، فيأخذهما، والصحيح: هو الأول؛ لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالشِقْص المشفوع يجوز للمشتري بيعه، وإن جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة[3].

فصل [حمل السيل الطعام]:

وإن حمل السيل طعام رجل إلى أرض آخر، فنبت فيها، فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجاناً؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجبر؛ لأنه غير مفرط في إنباته، والثاني: يجبر، وهو الصحيح؛ لأنه شغل ملك غيره بملكه من غير إذن، فأجبر على إزالته كما لو كان في داره شجرة فانتشرت أغصانها في هواء دار غيره[4].

---

(١) أصل الفَرَج الخروج من الضيق والشدة إلى السعة، والاستراحة: إدخال الروح على النفس، وهو السرور من قوله تعالى: ﴿فروْحٌ وريحان﴾ [الواقعة: ٨٩] (النظم ١/ ٣٦٥).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويجوز للمستعير الدخول لسقي الشجر وإصلاح البناء في الأصح. (الروضة ٤/ ٤٣٨).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، ويجوز للمستعير بيع الغراس أو البناء لثالث في الأصح. (الروضة ٤/ ٤٣٩).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ويجبر صاحب الطعام على القلع على الأصح. (الروضة ٤/ ٤٤١، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٣).

فصل [إعارة الأرض للزراعة]:

وإن أعاره أرضاً للزراعة فزرعها، ثم رجع في العارية قبل أن يدرك الزرع[1]، وطالبه بالقلع، ففيه وجهان، أحدهما: أنه كالغراس في التبقية والقلع والأرش، والثاني: أنه يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل؛ لأن للزرع وقتاً ينتهي إليه، وليس للغراس وقت ينتهي إليه، فلو أجبرناه على التبقية عطلنا عليه أرضه[2].

فصل [إعارة الحائط للأجذاع]:

وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أجذاعاً[3]، فوضعها لم يملك إجباره على قلعها، لأنها تراد للبقاء، فلا يجبر على قلعها، كالغراس[4]، وإن ضمن المعير قيمة الأجذاع ليأخذها، لم يجبر المستعير على قبولها؛ لأن أحد طرفيها في ملكه، فلم يجبر على أخذ قيمته.

وإن تلفت الأجذاع، وأراد أن يعيد مثلها على الحائط، لم يجز أن يعيد إلاَّ بإذن؛ لأن الإذن تناول الأول دون غيره، فإن انهدم الحائط، وبناه بتلك الآلة، لم يجز أن يضع الأجذاع على الثاني؛ لأن الإذن تناول الأول، ومن أصحابنا من قال: يجوز؛ لأن الإعارة اقتضت التأبيد، والمذهب الأول[5].

---

(١) يدرك الزرع: معناه قبل أن يستحصد، ويمكن أخذه، يقال: أدركت الثمرة والزرع إذا بلغ، وأصل الإدراك اللحوق بالشيء، وقوله تعالى: ﴿ادّاركوا فيها جميعاً﴾ [الأعراف: ٣٨]، أي لحق بعضهم بعضاً. (النظم ١/ ٣٦٥).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويجبر المعير على التبقية مع الأجرة على الصحيح. (الروضة ٤/ ٤٤٠).

(٣) الأجذاع: هي الخشب العظام التي للبناء. (النظم ١/ ٣٦٥).

(٤) انظر: الروضة ٤/ ٢١٣.

(٥) القول الأول هو الراجح، ولا يملك المستعير إعادة الجذوع بغير إذن جديد في الأصح. (الروضة ٤/ ٢١٣).

فصل [وجود الأجذاع على حائط]:

وإن وجدت أجذاع على الحائط، ولم يعرف سببها، ثم تلفت، جاز إعادة مثلها؛ لأن الظاهر أنها بحق ثابت.

فصل [الإعارة للرهن]:

إذا استعار من رجل عبداً ليرهنه، فأعاره، ففيه قولان، أحدهما: أنه ضمان، وأن المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن في رقبة عبده؛ لأن العارية ما يستحق به منفعة العين، والمنفعة ههنا للمالك، فدل على أنه ضمان، والثاني: أنه عارية؛ لأنه استعاره ليقضي به حاجته، فهو كسائر العواري[1].

فإن قلنا: إنه ضمان لم يصح حتى يتعين جنس الدين وقدره ومحله؛ لأنه ضمان، فاعتبر فيه العلم بذلك، وإن قلنا: إنه عارية لم يفتقر إلى ذلك، لأنه عارية، فلا يعتبر فيه العلم، فإن عين له جنساً وقدراً ومحلاً، تعين على القولين؛ لأن الضمان والعارية يتعينان بالتعيين.

فإن خالفه في الجنس لم يصح؛ لأنه عقد على ما لم يأذن له فيه، وإن خالفه في المحل بأن أذن له في دين مؤجل، فرهنه بدين حال، لم يصح؛ لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن في الحال.

وإن أذن له في دين حال، فرهنه بدين مؤجل، لم يصح؛ لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل، فإن خالفه في القدر بأن أذن له في الرهن، بعشرة، فرهن بما دونها، جاز؛ لأن من رضي أن يقضي عن غيره عشرة، رضي أن يقضي ما دونه، وإن رهنه بخمسة عشر، لم يصح؛ لأن من رضي بقضاء عشرة لم يرضَ بما زاد.

---

(١) الراجح القول الأول، إلا إذا استعاره أولاً، ثم أعاره ثانياً، أما لو استعاره ليرهنه فرهنه فيجوز، وسبيله الضمان على الأظهر. (الروضة ٤/ ٥٠).

فصل [الرهن بدين حال]:

وإن رهن العبد بإذنه بدين حال، جاز للسيد مطالبته بالفكاك على القولين في الحال؛ لأن للمعير أن يرجع في العارية، وللضامن أن يطالب بتخليصه من الضمان، فإن رهنه بدين مؤجل بإذنه، فإن قلنا: إنه عارية، جاز له المطالبة بالفكاك؛ لأن للمعير أن يرجع متى شاء، وإن قلنا: إنه ضمان لم يطالب قبل المحل؛ لأن الضامن إلى أجل لا يملك المطالبة قبل المحل.

فصل [البيع في الدين]:

وإن بيع في الدين، فإن قلنا: إنه عارية رجع السيد على الراهن بقيمته، لأن العارية تضمن بقيمتها، وإن قلنا: إنه ضمان رجع بما بيع به، سواء بيع بقدر قيمته، أو بأقل، أو بأكثر؛ لأن الضامن يرجع بما غرم، ولم يغرم إلَّا ما بيع به.

فصل [تلف العبد المعار]:

وإن تلف العبد فإن قلنا: إنه عارية، ضمن قيمته؛ لأن العارية مضمونة بالقيمة، وإن قلنا: إنه ضمان لم يضمن شيئاً؛ لأنه لم يغرم شيئاً.

فصل [الاستعارة من اثنين للرهن]:

وإن استعار رجل من رجلين عبداً، فرهنه عند رجل بمائة، ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما من الرهن، ففيه قولان، أحدهما: لا تخرج؛ لأنه رهنه بجميع الدين في صفقة، فلا ينفك بعضه دون بعض، والثاني: يخرج نصفه؛ لأنه لم يأذن كل واحد منهما إلَّا في رهن نصيبه بخمسين، فلا يصير رهناً بأكثر منه[1].

فصل [الاختلاف في الإعارة والإجارة]:

إذا ركب دابة غيره، ثم اختلفا، فقال المالك: أكريتها، فعليك الأجرة،

(١) القول الثاني هو الراجح، وينفك النصف من الرهن على الأظهر. (الروضة ٤/ ١٠٩).

وقال الراكب: بل أعرتنيها فلا أجرة لك، فقد قال في «العارية»: القول قول الراكب، وقال في «المزارعة»: إذا دفع أرضه إلى رجل فزرعها ثم اختلفا، فقال المالك: أكريتكها، وقال الزارع: بل أعرتنيها، فالقول قول المالك، فمن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما، فقال في الدابة: القول قول الراكب، وقال في الأرض: القول قول المالك؛ لأن العادة أن الدواب تُعار، فالظاهر فيها مع الراكب، والعادة في الأرض أنها تُكرى، ولا تعار، فالظاهر فيها مع المالك، ومنهم من نقل الجواب في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين، وهو اختيار المزني؛ أحدهما: أن القول قول المالك؛ لأن المنافع كالأعيان في الملك والعقد عليها، ثم لو اختلفا في عين، فقال المالك: بعتكها، وقال الآخر: بل وهبتنيها، كان القول قول المالك، فكذلك إذا اختلفا في المنافع، والثاني: أن القول قول المتصرف؛ لأن المالك أقر بالمنافع له، ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضاً لم يقبل قوله[1].

فإن قلنا: إن القول قول المالك حلف، ووجبت له الأجرة، وفي قدر الأجرة وجهان، أحدهما: يجب المسمى؛ لأنه قبل قوله فيها، وحلف عليها، والثاني: أنه تجب أجرة المثل، وهو المنصوص، لأنهما لو اتفقا على الأجرة، واختلفا في قدرها، وجبت أجرة المثل، فلأن تجب أجرة المثل وقد اختلفا في الأجرة أولى[2]، فإن نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف؛ لأن اليمين إنما ترد ليستحق بها حق، والمتصرف لا يدعي حقاً، فلم ترد عليه.

---

(١) الطريقة الثانية هي الراجحة، وهي اختيار المزني، وأن الحكم في المسألتين على قولين، والقول الأول منهما هو الراجح، فالقول قول مالك الأرض، ومالك الدابة على المذهب إذا اختلفا بعد مضي مدة لمثلها أجرة. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٧٣، ٢٧٤، الروضة ٤/٤٤٢).

(٢) القول الثاني المنصوص هو الراجح، وتجب أجرة المثل على الأصح. (مغني المحتاج ٢/٢٧٤).

وإن قلنا: إن القول قول المتصرف، حلف وبرىء من الأجرة، فإن نكل رد اليمين على المالك، فإذا حلف استحق المسمى وجهاً واحداً؛ لأن يمينه بعد النكول كالبينة في أحد القولين، وكالإقرار في الآخر، وأيهما كان وجب المسمى.

وإن تلفت الدابة بعد الركوب، ثم اختلفا، فإن قلنا: إن القول قول المالك، حكم له بالأجرة[1]، وإن قلنا: القول قول الراكب، فهل يلزمه أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة، فيه وجهان، أحدهما: يلزمه؛ لاتفاقهما على استحقاقه، والثاني: لا يحكم له بشيء؛ لأنه لا يدعي القيمة، ولا يستحق الأجرة.

فصل [الاختلاف في الإعارة والغصب]:

وإن قال المالك: غصبتنيها، فعليك الأجرة، وقال المتصرف: بل أعرتنيها، فلا أجرة عليّ، فإن المزني نقل أن القول قول المستعير. واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: المسألة على طريقين، كما ذكرنا في المسألة قبلها، أحدهما: الفرق بين الأرض والدابة، والثاني: أنهما على قولين؛ لأن الخلاف في المسألتين جميعاً في وجوب الأجرة، والمالك يدعي وجوبها، والمتصرف ينكر، فيجب أن لا يختلفا في الطريقين، ومنهم من قال: إن القول قول المالك، وما نقل المزني غلط؛ لأن في تلك المسألة أقر المالك للمتصرف بملك المنافع، فلا يقبل قوله في دعوى العوض، وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمتصرف، والأصل أنها للمالك[2].

---

(١) وهذا هو القول الراجح لما سبق في ص ٤٠٨ هـ ١.

(٢) الراجح أن هذه المسألة كالمسألة السابقة في الفصل السابق، وأن المسألة على طريقتين، والراجح أن المسألة فيها على قولين، والراجح منهما أن القول قول المالك على المذهب إذا مضت مدة لمثلها أجرة، والعين باقية. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٤، الروضة ٢/ ٤٤٢ ـ ٤٤٤).

فصل [الاختلاف في الإعارة]:

وإن اختلفا فقال المالك: أعرتكها، وقال الراكب: بل أجرتنيها، فالقول قول المالك، لأنهما اتفقا أن الملك له، واختلفا في صفة انتقال اليد، فكان القول قول المالك، فإن كانت العين باقية حلف وأخذ، وإن كانت تالفة نظرتَ: فإن لم تمض مدة لمثلها أجرة، حلف، واستحق القيمة[1]، وإن مضت مدة لمثلها أجرة، فالمالك يدعي القيمة، والراكب يقر له بالأجرة، فإن كانت القيمة أكثر من الأجرة لم يستحق شيئاً حتى يحلف، وإن كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها ففيه وجهان، أحدهما: يستحق من غير يمين؛ لأنهما متفقان على استحقاقه، والثاني: لا يستحق من غير يمين؛ لأنه أسقط حقه من الأجرة، وهو يدعي القيمة بحكم العارية، والراكب منكر فلم يستحق من غير يمين[2].

فصل [الاختلاف في الغصب]:

وإن اختلفا فقال المالك: غصبتنيها فعليك ضمانها، وأجرة مثلها، وقال الراكب: بل أجرتنيها، فلا يلزمني ضمانها، ولا أجرة مثلها، فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأن الأصل أنه ما أجره[3].

فإن اختلفا وقد تلفت العين حلف واستحق القيمة، وإن بقيت في يد الراكب مدة، ثم اختلفا، فإن المالك يدعي أجرة المثل، والراكب يقر بالمسمى، فإن كانت أجرة المثل أكثر من المسمى لم يستحق الزيادة، حتى يحلف، وإن لم تكن أكثر استحق من غير يمين؛ لأنهما متفقان على استحقاقه، والله أعلم.

● ● ●

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٤.

(٢) الراجح الوجه الأول، فيأخذ المعير القيمة بلا يمين، لأنهما متفقان على الاستحقاق. (الروضة ٤/ ٤٤٣، ٤٤٥).

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢/ ٢٧٤.

كتاب الغصب

الغصب(١) محرّم، لما روى أبو بكرةَ، قال: «خطبنا رسول الله ﷺ، فقال: إن دماءَكم وأموالَكم عليكم حرام(٢) كحرمةِ يومِكم هذا في شهرِكم هذا في بلدكم هذا»(٣)، وروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحلُّ لامرئٍ أنْ يأخذَ مال أخيهِ بغيرِ طيبِ نفسٍ منه»(٤).

---

(١) الغصب أخذ الشيء ظلماً، يقال: غصبه منه، وغصبه عليه، بمعنى. (النظم ١/ ٣٦٧)، وعند الفقهاء: الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وعرفه الماوردي بأنه: منع الإنسان من ملكه، والتصرف فيه بغير استحقاق. (المجموع ١٤/ ٦٤).

(٢) قوله: «وأموالكم عليكم حرام» أراد أن أموال بعضكم حرام على بعض، وليس على ظاهره. (النظم ١/ ٣٦٧).

(٣) هذا الحديث أخرجه البخاري من رواية ابن عمر (٦/ ٢٤٩٠ كتاب الحدود، باب ظهر المؤمن حمى إلاَّ في حد أو حق)، وأخرجه البخاري من رواية أبـي بكرة (١/ ٣٧ كتاب العلم، باب قول النبـي ﷺ رب مبلغ أوعى من سامع، ١/ ٥٢ كتاب العلم، باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب)، وأخرجه مسلم من حديث جابر (١/ ١٨٢ كتاب الحج، باب حجة النبـي ﷺ)، ورواه الترمذي (٦/ ٣٧٥ كتاب الفتن، باب تحريم الدماء والأموال)، والبيهقي (٦/ ٩٢)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٥٣، وسبق بيانه ج ٢ ص ٨٥٤.

(٤) حديث أبـي حميد رواه أحمد (٥/ ٤٢٥)، والبيهقي (٦/ ٩٧، ١٠٠)، ورواه الدارقطني عن أربعة صحابة (٣/ ٢٥، ٢٦)، وسبق بيانه ج ٢ هـ ٢ ص ٨٨١، وصفحة ٢٩٥ ج ٣.

فصل [ضمان الغصب]:

ومن غصب مال غيره، وهو من أهل الضمان في حقه، ضمنه؛ لما روى سَمُرَةُ أن النبي ﷺ قال: «على اليدِ ما أخذتْ حتى تردَّه»(١).

فصل [ضمان أجرة المغصوب]:

فإن كان له منفعة تستباح بالإجارة، فأقام في يده مدة لمثلها أجرة، ضمن الأجرة؛ لأنه يطلب بدلها بعقد المغابنة، فضمن بالغصب، كالأعيان.

فصل [وجوب رد المغصوب]:

فإن كان المغصوب باقياً لزمه رده، لما روى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يأخذ أحدُكم متاعَ أخيه، لاعباً أو جادّاً(٢)، فإذا أخذَ أحدُكم عصا أخيه فليردها»(٣).

---

(١) حديث سمرة رواه أبو داود (٢/ ٢٦٥ كتاب البيوع، باب تضمين العارية)، والترمذي (٤/ ٤٨٢ كتاب البيوع، باب العارية مؤداة)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢ كتاب الصدقات، باب العارية)، وأحمد (٥/ ٨، ١٢، ١٣)، والبيهقي (٦/ ٩٤).
ورواه أحمد والنسائي وابن ماجه والحاكم وأبو داود بلفظ «حتى تؤدي». (التلخيص الحبير ٣/ ٥٣).

(٢) أي لاعباً في مذهب السرقة، جاداً في إدخال الأذى على أخيه، أي أن يأخذ متاعه لا يريد سرقته، وإنما يريد إدخال الغيظ عليه، والردع له، وهذا مثل حديث «لا يحل لمسلم أن يروّع مسلماً»، والجد: ضد الهزل، يقال: جدَّ في الأمر يجدّ جداً بالكسر، والجد الاجتهاد في الأمور، ويقال أجدَّ أيضاً. (النظم ١/ ٣٦٧).

(٣) حديث عبد الله بن السائب أخرجه أحمد بلفظ المصنف (٤/ ٢٢١)، وأبو داود (٢/ ٥٩٧ كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح)، والترمذي، وقال: حسن غريب (٦/ ٣٧٩ كتاب الفتن، باب لا يحل لمسلم أن يروِّع مسلماً)، والبيهقي (٦/ ٩٢، ١٠٠).
وذكر العصا لأنها شيء تافه، أراد فليردها ولا يستحل أخذها مع احتقارها. (النظم ١/ ٣٦٨)، والسائب صحابي، والجد هو يزيد بن سعيد بن ثمامة، صحابي.

فإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته، وقال أبو ثور من أصحابنا: يضمن كما يضمن زيادة العين، وهذا خطأ، لأن الغاصب يضمن ما غصب، والقيمة لا تدخل في الغصب؛ لأنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين، وإنما حقه في العين، والعين باقية كما كانت، فلم يلزمه شيء.

فصل [ضمان المغصوب القيمي]:

وإن تلف في يد الغاصب، أو أتلفه، لم يخل إما أن يكون له مثل، أو لا مثل له، فإن لم يكن له مثل، نظرتَ: فإن كان من غير جنس الأثمان كالثياب، والحيوان، ضمنه بالقيمة؛ لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شِركاً له في عبد فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد قُوِّم عليه، وأعطى شركاءه حصصهم[1]، وعتق عليه العبد وإلاَّ فقد عتق عليه ما عتق»[2]، فأوجب القيمة في العبد بالإتلاف بالعتق، ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن، لاختلاف الجنس الواحد في القيمة، فكانت القيمة أقرب إلى إيفاء حقه[3].

وإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف، ضمنها بأكثر ما كانت؛ لأنه غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها، كالحالة التي غصبه فيها[4].

وتجب القيمة من نقد البلد الذي تلفت العين فيه؛ لأنه موضع الضمان، فوجبت القيمة من نقده.

---

(١) حصصهم: جمع حصة، وهو النصيب، يقال: حصصت الرجل: أعطيته نصيبه، وتحاص القوم يتحاصّون: إذا اقتسموا حصصاً، وكذا المحاصّة. (النظم ١/ ٣٦٨).

(٢) حديث ابن عمر أخرجه البخاري (٢/ ٨٩٢ كتاب الشركة، باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل)، ومسلم (١٠/ ١٣٥ أول كتاب العتق).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٠.

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٨٣، ٢٨٤، الروضة ٥/ ٢٠، ٢٥.

وإن كان من جنس الأثمان نظرت، فإن لم يكن فيه صنعة كالسبيكة والنقرة؛ فإن كان نقد البلد من غير جنسه أو من جنسه، ولكن لا تزيد قيمته على وزنه ضمن بالقيمة؛ لأن تضمينه بالقيمة لا يؤدي إلى الربا، فضمن بالقيمة، كما قلنا في غير الأثمان.

وإن كان نقد البلد من جنسه، وإذا قوم به زادت قيمته على وزنه، قوم بجنس آخر، حتى لا يؤدي إلى الربا.

وإن كانت فيه صنعة نظرتَ: فإن كانت صنعة محرمة، ضمن كما تضمن السبيكة والنقرة[1]؛ لأن الصنعة لا قيمة لها، فكان وجودها كعدمها، وإن كانت صنعة مباحة، فإن كان النقد من غير جنسه، أو من جنسه، ولكنه لا تزيد قيمته على وزنه ضمنه بقيمته؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا، وإن كان النقد من جنسه ونوعه، وتزيد قيمته على وزنه، ففيه وجهان، أحدهما: يقوم بجنس آخر حتى لا يؤدي إلى الربا، والثاني: أنه يضمنه بقيمته من جنسه بالغة ما بلغت، وهو الصحيح؛ لأن الزيادة على الوزن في مقابلة الصنعة، فلا تؤدي إلى الربا، وإن كان مخلوطاً من الذهب والفضة قوّمه بما شاء منهما.

فصل [ضمان المغصوب المثلي]:

وإن كان مما له مثل، كالحبوب والأدهان، ضمن بالمثل[2]، لأن إيجاب المثل رجوع إلى المشاهدة والقطع، وإيجاب القيمة رجوع إلى الاجتهاد والظن؛ فإذا أمكن الرجوع إلى القطع لم يرجع إلى الاجتهاد، كما لا يجوز الرجوع إلى القياس مع النص.

---

(١) يقال: سبكت الفضة أسبكها بالكسر سبكاً أذبتها، والسبيكة الفضة فعيلة من السبك، والجمع سبائك، والنقرة أيضاً هي السبيكة، وقيل: هي الفضة الخالصة تخرج من المعدن فتخلص. (النظم ١/ ٣٦٨).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٢.

وإن غصب ما له مثل، واتخذ ما لا مثل له كالتمر، إذا اتخذ منه الخل بالماء، أو الحنطة إذا جعلها دقيقاً، وقلنا إنه لا مثل له، ثم تلف لزمه مثل الأصل؛ لأن المثل أقرب إلى المغصوب من القيمة.

وإن غصب ما لا مثل له، واتخذ منه ما له مثل كالرطب، إذا جعله تمراً، ثم تلف، لزمه مثل التمر؛ لأن المثل أقرب إليه من قيمة الأصل.

وإن غصب ما له مثل، واتخذ منه ما له مثل، كالسمسم إذا عصر منه الشيرج، ثم تلف، فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء رجع عليه بمثل السمسم، وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن؛ لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين، فرجع بما شاء منهما.

وإن وجب المثل، فأعوز، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: تجب قيمته وقت المحاكمة؛ لأن الواجب هو المثل، وإنما القيمة تجب بالحكم، فاعتبرت وقت الحكم، ومنهم من قال: تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين تعذر المثل[1]، كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، ومنهم من قال: تضمن قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى وقت الحكم؛ لأن الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم، كما أن الواجب في المغصوب رد العين إلى وقت التلف، ثم يغرم قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، فيجب أن يعتبر في المثل أكثر ما كانت قيمته إلى وقت الحكم، ومنهم من قال: إن كان ذلك مما يكون في وقت، وينقطع في وقت كالعصير، وجبت قيمته وقت الانقطاع؛ لأنه بالانقطاع يسقط المثل، وتجب القيمة، وإن كان مما لا ينقطع عن أيدي الناس، وإنما يتعذر في موضع، وجبت قيمته وقت الحكم؛ لأنه لا ينتقل إلى القيمة إلاّ بالحكم.

---

(١) هذا الوجه هو الراجح، ويجب أقصى القيم من يوم الغصب إلى الإعواز والفقد، وفي المسألة أحد عشر وجهاً ذكرها النووي في (الروضة ٥/ ٢٠).

وإن وجد المثل بأكثر من ثمن المثل، احتمل وجهين، أحدهما: لا يلزمه المثل؛ لأن وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل كعدمه، كما قلنا في الماء في الوضوء، والرقبة في الكفارة، والثاني: يلزمه؛ لأن المثل كالعين، ولو احتاج في رد العين إلى أضعاف ثمنه، لزمه، فكذلك المثل[١].

فصل [قيمة المغصوب]:

وإن ذهب المغصوب من اليد، وتعذر رده، بأن كان عبداً فأبق، أو بهيمة فضلَّتْ، كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة[٢]، لأنه حيل بينه وبين ماله فوجب له البدل، كما لو تلف، وإذا قبض البدل ملكه؛ لأنه بدل ماله فملكه كبدل التالف، ولا يملك الغاصب المغصوب؛ لأنه لا يصح تملكه بالبيع، فلا يملك بالتضمين، كالتالف، فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك، وهل يلزم الغاصب الأجرة من حين دفع القيمة إلى أن رده؟ فيه وجهان، أحدهما: لا تلزمه؛ لأن المغصوب منه ملك بدل العين، فلا يستحق أجرته، والثاني: تلزمه؛ لأنه تلفت عليه منافع ما له بسبب كان في يد الغاصب، فلزمه ضمانها، كما لو لم يدفع القيمة[٣]، وإذا رد المغصوب وجب على المغصوب منه رد البدل؛ لأنه ملكه بالحيلولة، وقد زالت الحيلولة، فوجب الرد.

وإن زاد البدل في يده، نظرتَ: فإن كانت الزيادة متصلة، كالسمن وجب الرد مع الزيادة؛ لأن الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسخ بالعيب، وهذا فسخ، وإن كانت زيادة منفصلة كالولد واللبن، لم ترد الزيادة، كما لا ترد في الفسخ بالعيب.

---

(١) الوجه الأول هو الأصح، ولا يلزمه تحصيل المثل، لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالمعدوم. (الروضة ٥/ ٢٥).

(٢) للمالك تضمينه القيمة في الحال للحيلولة، والاعتبار بأقصى القيم من الغصب إلى المطالبة. (الروضة ٥/ ٢٦).

(٣) ذكر النووي أصل المسألة، ولم يفرع عليها الأجرة. (الروضة ٥/ ٢٧).

فصل [نقص المغصوب]:

فإن نقص المغصوب نقصاناً تنقص به القيمة، نظرتَ:

فإن كان في غير الرقيق، لم يخل إما أن يكون نقصاناً مستقراً أو غير مستقر، فإن كان مستقراً بأن كان ثوباً فتخرّق، أو إناء فانكسر، أو شاة فذبحت، أو طعاماً فطحن، ونقصت قيمته، ردَّه وردَّ معه أرش ما نقص؛ لأنه نقصان عين في يد الغاصب، نقصت به القيمة، فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب، فإن ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب، وطالبه ببدله لم يكن له ذلك.

ومن أصحابنا من قال في الطعام إذا طحنه: إن له أن يتركه ويطالبه بمثل طعامه؛ لأن مثله أقرب إلى حقه من الدقيق، والمذهب الأول؛ لأن عين ماله باقية، فلا يملك المطالبة ببدله، كالثوب إذا تخرق، والشاة إذا ذبحت.

وإن كان نقصاناً غير مستقر، كطعام ابتل، وخيف عليه الفساد، فقد قال في «الأم»: للمغصوب منه مثل مكيلته، وقال الربيع: فيه قول آخر أنه يأخذه وأرش النقص، فمن أصحابنا من قال: هو على قولين، أحدهما: يأخذه وأرش النقص، كالثوب إذا تخرق، والثاني: أنه يأخذ مثل مكيلته؛ لأنه يتزايد فساده إلى أن يتلف، فصار كالمستهلك، ومنهم من قال: يأخذ مثل مكيلته قولاً واحداً، ولا يثبت ما قاله الربيع[1].

وإن كان في الرقيق نظرتَ: فإن لم يكن له أرش مقدر كإذهاب البكارة، والجنايات التي ليس لها أرش مقدر، ردّه وأرش ما نقص؛ لأنه نقصان ليس فيه أرش مقدر، فضمن بما نقص، كالثوب إذا تخرق، وإن كان له أرش مقدر، كذهاب اليد، نظرتَ:

فإن كان ذهب من غير جناية، ردّه وما نقص من قيمته، ومن أصحابنا من

---

(١) القول الأخير هو الراجح، وفي مسألة الحنطة المبلولة أربعة أقوال، والأظهر أنها تجعل كالهالك، ويغرم بدل كل المغصوب من مثل أو قيمة. (الروضة ٥/ ٣٣).

قال: يردّه وما يجب بالجناية، والمذهب: الأول؛ لأن ضمان اليد ضمان المال، ولهذا لا يجب فيه القصاص، ولا تتعلق به الكفارة في النفس، فلم يجب فيه أرش مقدر.

وإن ذهب بجناية، بأن غصبه ثم قطع يده، فإن قلنا: إن ضمانه باليد كضمانه بالجناية، وجب عليه نصف القيمة وقت الجناية، لأن اليد في الجناية تضمن بنصف بدل النفس، وإن قلنا: إن ضمانه ضمان المال، وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة، أو ما نقص من قيمته، لأنه وجد اليد والجناية، فوجب أكثرهما ضماناً.

وإن غصب عبداً يساوي مائة، ثم زادت قيمته فصار يساوي ألفاً، ثم قطع يده، لزمه خمسمائة؛ لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة، ويد العبد كنصفه، فكأنه بقطع اليد فوّت عليه نصفه، فضمنه بزيادة السوق.

فـصـل [نقص العين دون القيمة]:

وإن نقصت العين، ولم تنقص القيمة، نظرتَ: فإن كان ما نقص من العين له بدل مقدر، فنقص، ولم تنقص القيمة، مثل إن غصب عبداً فقطع أنثييه[(١)]، ولم تنقص قيمته، أو غصب صاعاً من زيت، فأغلاه، فنقص نصفه، ولم تنقص قيمته، لزمه في الأنثيين قيمة العبد، وفي الزيت نصف صاع؛ لأن الواجب في الأنثيين مقدّر بالقيمة، والواجب في الزيت مقدر بما نقص من الكيل، فلزمه ما يقدر به[(٢)].

وإن كان ما نقص لا يضمن إلاّ بما نقص من القيمة، فنقص، ولم تنقص القيمة، كالسمن المفرط إذا نقص؛ ولم تنقص القيمة، لم يلزمه شيء؛ لأن السمن يضمن بما نقص من القيمة، ولم ينقص من القيمة شيء، فلم يلزمه شيء[(٣)].

---

(١) أنثييه: أي خصيتيه، لا تستعمل مفردة، وخصتا بالتسمية بذلك لمضادتهما الذكر حين سمي بذلك. (النظم ١/ ٣٦٩).

(٢) في الزيت وجه آخر، والأصح يرده ويغرم مثل الذاهب. (الروضة ٥/ ٤٢).

(٣) قال النووي: «لأن السمن ليس له بدل مقدر، بخلاف الأنثيين. (الروضة ٥/ ٤١).

واختلف أصحابنا فيمن غصب صاعاً من عصير، فأغلاه ونقص نصفه، ولم تنقص قيمته، فقال أبو علي الطبري: يلزمه نصف صاع، كما قلنا في الزيت، وقال أبو العباس: لا يلزمه شيء؛ لأن نقص العصير باستهلاك مائيةٍ ورطوبة لا قيمة لها، وأما حلاوته فهي باقية لم تنقص، ونقصان الزيت باستهلاك أجزائه، ولأجزائه قيمة، فضمنها بمثلها[1].

فصل [نقص بعض العين والقيمة]:

وإن تلف بعض العين، ونقصت قيمة الباقي، بأن غصب ثوباً تنقص قيمته بالقطع، فشقه بنصفين، ثم تلف أحد النصفين، لزمه قيمة التالف، وهو قيمة نصف الثوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، وردّ الباقي وأرش ما نقص؛ لأنه نقص حدث بسبب تعدَّى به، فضمنه، فإن كان لرجل خفان، قيمتهما عشرة، فأتلف رجل أحدَهما، فصار قيمة الباقي درهمين، ففيه وجهان، أحدهما: يلزمه درهمان؛ لأن الذي أتلفه قيمته درهمان، والثاني: تلزمه ثمانية، وهو المذهب؛ لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف، ونقص قيمة الآخر، بسبب تعدى به، فلزمه ضمانه[2].

فصل [غصب الثوب]:

فإن غصب ثوباً فلبسه وأبلاه، ففيه وجهان، أحدهما: يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة أو أرش ما نقص؛ لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجرة، ولهذا لا يضمن المستأجر أرش الأجزاء، والثاني: تلزمه الأجرة وأرش ما نقص؛ لأن الأجرة بدل للمنافع، والأرش بدل الأجزاء، فلم يدخل أحدهما في الآخر كالأجرة

---

(١) قول أبـي العباس هو الراجح، فلا يضمن مثل العصير الذاهب على الأصح إذا لم تنقص قيمته، لأن الذاهب مائيته. (الروضة ٥/ ٤٢).

(٢) وهذا الوجه الثاني هو الراجح، ويلزمه ثمانية في الأصح، (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٨٧ ـ ٢٨٨).

وأرش ما نقص من السمن[1].

فصل [نقص المغصوب ثم عاد]:

وإن نقصت العين، ثم زال النقص، بأن كانت جارية سمينة فهُزِلت[2]، ونقصت قيمتها، ثم سمنت وعادت قيمتها، ففيه وجهان، أحدهما: يسقط عنه الضمان، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة؛ لأنه زال ما أوجب الضمان فسقط الضمان، كما لو جنى على عين فابيضت، ثم زال البياض، والثاني: أنه لا يسقط، وهو قول أبي سعيد الإصطخري؛ لأن السمن الثاني غير الأول، فلا يسقط به ما وجب بالأول[3].

وإن سمنت، ثم هزلت، ثم سمنت، ثم هزلت، ضمن أكثر السمنين قيمة في قول أبي علي بن أبي هريرة؛ لأن بعود السمن يسقط ما في مقابلته من الأرش، ويضمن السمنين في قول أبي سعيد؛ لأن السمن الثاني غير الأول فلزمه ضمانهما.

فصل [جناية المغصوب]:

وإن غصب عبداً فجنى على إنسان في يد الغاصب، لزم الغاصب ما يستوفي في جنايته، فإن كانت الجناية على النفس، فأقيد به ضمن الغاصب قيمته؛ لأنه تلف بسبب كان في يده، فإن كان في الطرف فأقيد منه ضمن[4]، وفي الذي يضمن وجهان، أحدهما: أرش العضو في الجناية[5]، والثاني: ما نقص من قيمته[6]؛

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويلزمه الأرش مع الأجرة في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٨٦).

(٢) هُزِلت: بضم الهاء وكسر الزاي، تُهزل، ولا يقال بالفتح. (النظم ١/ ٣٧٠).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يسقط الضمان، لأن العود لم ينجبر في الأصح. (الروضة ٥/ ٤٢).

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٨٨.

(٥) هذا الوجه الأول هو الراجح، ويغرم الغاصب أرش العضو. (الروضة ٥/ ٣٤).

(٦) سبق صفحة ٤١٦ وما بعدها ترجيح الوجه الثاني، وأن الغاصب يرده ويضمن ما نقص من قيمته.

لأنه ضمان وجب باليد لا بالجناية، لأن القطع في القصاص ليس بجناية، وقد بينا الوجهين فيما تقدم[1]، فإن عفي عن القصاص على مالٍ لزم الغاصب أن يفديه؛ لأنه حق تعلق برقبته في يده، فلزمه تخليصه منه.

فصل [زيادة المغصوب]:

وإذا زاد المغصوب في يد الغاصب، بأن كانت شجرة فأثمرت، أو جارية فسمنت، أو ولدت ولداً مملوكاً، ثم تلف، ضمن ذلك كله؛ لأنه مال للمغصوب منه، حصل في يده بالغصب، فضمنه بالتلف، كالعين المغصوبة[2].

وإن ألقت الجارية الولد ميتاً، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع، كما لو كان حياً وهو ظاهر النص؛ لأنه غصبه بغصب الأم، فضمنه بالتلف كالأم، والثاني: أنه لا يضمنه، وهو قول أبي إسحاق؛ لأنه إنما يُقوَّم حال الحيلولة[3] بينه وبين المالك، وهو حال الوضع، ولا قيمة له في تلك الحال، فلم يضمن. وحمل النص عليه إذا ألقته حياً ثم مات.

فصل [ربح المغصوب]:

وإن غصب دراهم، فاشترى سلعة في الذمة، ونقد الدراهم في ثمنها، وربح، ففي الربح قولان، قال في «القديم»: هو للمغصوب منه، لأنه نماء ملكه، فصار كالثمرة والولد، فعلى هذا يضمنه الغاصب إذا تلف في يده كالثمرة والولد، وقال في «الجديد»: هو للغاصب لأنه بدل ماله، فكان له.

---

(١) تقدم ذلك في الصفحة ٤١٧ وما بعدها.

(٢) إذا تلفت الزيادة ضمنها، وإن بقيت ردَّها بحالها مع أرش النقص إن نقصت قيمتها. (الروضة ٥/ ٤٥).

(٣) الحيْلولة: فيْعولة، وقيل فعلولة بلام فيه، مصدر من حال يحول بينه وبين الشيء، مثل القيلولة، من قال يقيل، والبيتوتة من بات يبيت، مصدر على غير القياس. (النظم ١/ ٣٧٠).

فصل [اصطياد المغصوب]:

وإن غصب عبداً فاصطاد صيداً، فالصيد لمولاه؛ لأن يد العبد كيد المولى، فكان صيده كصيده، وهل تلزم الغاصب أجرة العبد للمدة التي اصطاد فيها؟ فيه وجهان، أحدهما: تلزمه؛ لأنه أتلف عليه منافعه، والثاني: لا تلزمه؛ لأن منافعه صارت إلى المولى.

وإن غصب جارحة كالفهد، والبازي، فاصطاد بها صيداً، ففي صيده وجهان، أحدهما: أنه للغاصب؛ لأنه هو المرسل، والجارحة آلة، فكان الصيد له، كما لو غصب قوساً فاصطاد بها، وعليه أجرة الجارحة؛ لأنه أتلف على صاحبها منافعها، والثاني: أن الصيد للمغصوب منه، لأنه كسب ماله، فكان له، كصيد العبد، فعلى هذا في أجرته وجهان، على ما ذكرناه في العبد.

فصل [تحول المغصوب]:

وإن غصب عيناً فاستحالت[1] عنده، بأن كان بيضاً فصار فرخاً، أو كان حباً فصار زرعاً، أو كان زرعاً فصار حباً، فللمغصوب منه أن يرجع به؛ لأنه عين ماله، فإن نقصت قيمته بالاستحالة رجع بأرش النقص؛ لأنه حدث في يده[2].

وإن غصب عصيراً فصار خمراً، ضمن العصير بمثله؛ لأنه بانقلابه خمراً سقطت قيمته، فصار كما لو غصب حيواناً فمات[3]، فإن صار الخمر خلاً ردّه، وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخل؟ فيه وجهان، أحدهما: يلزمه؛ لأن الخل غير العصير، فلا يسقط برد الخل ضمان ما وجب بهلاك العصير، والثاني: لا يلزمه؛ لأن الخل عين العصير، فلا يلزمه مع ردها ضمان

---

(١) فاستحالت: أي انقلبت عن حالها التي كانت عليها، وكذلك حالت. (النظم ١/ ٣٧٠).
(٢) هذا هو الراجح، وفي المسألة وجه آخر. (الروضة ٥/ ٤٥).
(٣) للمغصوب منه تضمين الغاصب مثل العصير لفوات المالية، وعلى الغاصب إراقة الخمر. (الروضة ٥/ ٤٤).

العصير[1]، فعلى هذا إن كانت قيمة الخل دون قيمة العصير ردّ مع الخل أرش النقص.

فصل [العمل بالمغصوب]:

وإن غصب شيئاً فعمل فيه عملاً زادت به قيمته، بأن كان ثوباً فقصره، أو قطناً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو ذهباً فصاغه حلياً، أو خشباً فعمل منه باباً، ردَّه على المالك؛ لأنه عين ماله، ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله؛ لأنه عمل تبرع به في ملك غيره فلم يشاركه ببدله[2].

فصل [خلط المغصوب]:

وإن غصب شيئاً فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه، بأن غصب صاعاً من زيت، فخلطه بصاع من زيته، أو صاعاً من الطعام فخلطه بصاع من طعامه، نظرتَ:

فإن خلطه بمثله في القيمة، فله أن يدفع إليه صاعاً منه؛ لأنه تعذر بالاختلاط عين ماله، فجاز أن يدفع إليه البعض من ماله، والبعض من مثله، وإن أراد أن يدفع إليه مثله من غيره، وطلب المغصوب منه مثله منه، ففيه وجهان، أحدهما: وهو المنصوص؛ أن الخيار إلى الغاصب؛ لأنه لا يقدر على رد عين ماله، فجاز أن يدفع إليه مثله، كما لو هلك[3]، والثاني: وهو قول أبي إسحاق وأبي علي بن

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح فلا يضمن العصير في الأصح، ويكون الخل للمغصوب منه، وعلى الغاصب أرش النقص إن نقصت قيمة الخل عن العصير. (الروضة ٥/ ٤٤، ٤٥).

(٢) لا يملك الغاصب المغصوب بشيء من هذه التصرفات، بل يردها مع أرش النقص إن نقصت القيمة. (الروضة ٥/ ٤٦).

(٣) هذا الوجه الراجح، ويعتبر المغصوب كالهالك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير المخلوط، وللغاصب دفع المثل من غير المخلوط، وله دفعه منه إذا خلطه بالأجود أو المثل. (الروضة ٥/ ٥٢).

أبـي هريرة، أنه يلزمه أن يدفع إليه صاعاً منه؛ لأنه يقدر أن يدفع إليه بعض ماله، فلا ينتقل إلى البدل في الجميع، كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه.

وإن خلطه بأجود منه، فإن بذل الغاصب صاعاً منه لزم المغصوب منه قبوله؛ لأنه دفع إليه بعض ماله، وبعض مثله خيراً منه، وإن بذل مثله من غيره، وطلب المغصوب منه صاعاً منه، ففيه وجهان، أحدهما: وهو المنصوص في «الغصب» أن الخيار إلى الغاصب؛ لأنه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل، والثاني: أنه يباع الجميع، ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما، وهو المنصوص في التفليس، لأنا إذا فعلنا ذلك أوصلنا كل واحد منهما إلى عين ماله، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يلزم الرجوع إلى البدل[1].

فإن كان ما يخص المغصوب منه من الثمن أقل من قيمة ماله استوفى قيمة صاعه، ودخل النقص على الغاصب؛ لأنه نقص بفعله فلزمه ضمانه، وعلى هذا الوجه إن طلب المغصوب منه أن يدفع إليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ وهو قول أبـي إسحاق؛ لأنه يأخذ بعض صاع عن صاع، وذلك ربا، والثاني: أنه يجوز؛ لأن الربا إنما يكون في البيع، وليس ههنا بيع، وإنما يأخذ هو بعض حقه، ويترك بعضه، كرجل له على رجل درهم، فأخذ بعضه وترك البعض[2].

فـصـل [خلطه بالأدون]:

وإن خلطه بما دونه فإن طلب المغصوب منه صاعاً منه، وامتنع الغاصب، أجبر على الدفع؛ لأنه رضي بأخذ حقه ناقصاً، وإن طلب مثله من غيره، وامتنع الغاصب أجبر على دفع مثله؛ لأن المخلوط دون حقه، فلا يلزمه أخذه، ومن

(١) الوجه الأول هو الراجح كما سبق في هـ٣ ص٤٢٣.

(٢) الوجه الأول هو الراجح، فإن أراد المغصوب منه قسمة عين المغصوب على نسبة القيمة فالمشهور أنه لا يجوز. (الروضة ٥/٥٣).

أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما، ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله[1].

وإن نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته، ضمن الغاصب تمام القيمة، لأنه نقص بفعله.

فصل [خلطه بغير جنسه]:

وإن غصب شيئاً فخلطه بغير جنسه أو نوعه، فإن أمكن تمييزه كالحنطة إذا اختلطت بالشعير، أو الحنطة البيضاء إذا اختلطت بالحنطة السمراء، لزمه تمييزه، وردَّه؛ لأنه يمكن رد العين فلزمه[2]، وإن لم يمكن تمييزه كالزيت إذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله؛ لأنه تعذر رد العين بالاختلاط، فعدل إلى مثله، ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع، ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما، ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله، كما قلنا في القسم قبله[3].

فصل [خلط الدقيق]:

وإن غصب دقيقاً فخلطه بدقيق له، ففيه وجهان، أحدهما: أن الدقيق له مثل، وهو قول أبي العباس، وظاهر النص؛ لأن تفاوته في النعومة والخشونة[4] ليس بأكثر من تفاوت الحنطة في صغر الحب، وكبره، فعلى هذا يكون حكمه حكم

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٥٣.

(٢) يلزم الغاصب التمييز والفصل بالالتقاط وإن شق، ويلزم أرش النقص إن نقص إلاَّ إذا لم تبق له قيمته فهو كالهالك. (الروضة ٥/ ٥٤).

(٣) القول الأول هو الراجح، لأن خلط المغصوب بغير الجنس يعتبر كالهالك لبطلان فائدة خاصيته. (الروضة ٥/٥٣).

(٤) النعومة: ضد الخشونة ، وهي اللين، والمبالغة في الطحن والدق حتى يصير ناعماً أي ليناً عند ملمسه، نعُم الشيء بالضم نعومة، ونَعِم بالكسر ينعم أيضاً.
والخشن: ضد اللين، يقال: دقيق خشن إذا لم يكن ناعماً، ولم يبالغ في طحنه، وثوب خشن إذا كان غزله غليظاً. (النظم ١/ ٣٧١).

الحنطة إذا خلطها بالحنطة، وقد بيناه، والثاني: أنه لا مثل له، وهو قول أبـي إسحاق، لأنه يتفاوت في الخشونة والنعومة، ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض، فعلى هذا اختلف أصحابنا فيما يلزمه، فمنهم من قال: يلزمه قيمته؛ لأنه تعذر رده بالاختلاط، ولا مثل له، فوجبت القيمة، ومنهم من قال: يصيران شريكين فيه، فيباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه في الزيت إذا خلطه بالشيرج[١].

فـصـل [غرس الأرض المغصوبة]:

وإن غصب أرضاً فغرس فيها غراساً، أو بنى فيها بناء، فدعا صاحب الأرض إلى قلع الغراس، ونقض البناء لزمه ذلك[٢]، لما روى سعيد بن زيد أن النبـي ﷺ قال: «ليسَ لعرقِ ظالم حق»[٣]، فإن قلعه فقد قال في «الغصب»: يلزمه أرش ما نقص من الأرض، وقال في «البيع» إذا قلع الأحجار المستودعة عليـه تسوية الأرض، فمن أصحابنا من جعلهما على قولين، أحدهما: يلزمه أرش النقص؛ لأنه نقص بفعل مضمون فلزمه أرشه، والثاني: يلزمه تسوية الأرض؛ لأن جبران النقص بالمثل أولى من جبرانه بالقيمة، ومنهم من قال: يلزمه في الغصب أرش ما نقص، وفي البيع يلزمه تسوية الأرض؛ لأن الغاصب متعد فغلظ عليه بالأرش؛ لأنه أوفى، والبائع غير متعد، فلم يلزمه أكثر من التسوية[٤].

وإن كان الغراس لصاحب الأرض، فطالبه بالقلع، فإن كان له غرض في قلعه

---

(١) انظر القولين في (الروضة ٥/ ٥٣).

(٢) لصاحب الأرض أن يكلفه القلع مجاناً. (الروضة ٥/ ٤٦، ٤٧).

(٣) حديث سعيد بن زيد حديث صحيح رواه البخاري وغيره، وسبق بيانه ص ٤٠٣ هـ ٢، وانظر المجموع ١٤/ ٨٩.

(٤) الطريق الثاني هو الراجح، ويجب في الغصب أرش ما نقص، وفي البيع تسوية الأرض. (الروضة ٥/ ٣٩، ٤٠، ٤٧).

أخذ بقلعه[١]؛ لأنه قد فوت عليه بالغراس غرضاً مقصوداً في الأرض، فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وإن لم يكن له غرض، ففيه وجهان، أحدهما: لا يؤخذ بقلعه، لأن قلعه من غير غرض سفه وعبث[٢]، والثاني: يؤخذ به؛ لأن المالك محكم في ملكه، والغاصب غير محكم، فوجب أن يؤخذ به.

فصل [حفر بئر في المغصوب]:

وإن غصب أرضاً وحفر فيها بئراً، فطالبه صاحب الأرض بطمها[٣]، لزمه طمها، لأن التراب ملكه، وقد نقله من موضعه فلزمه رده إلى موضعه، فإن أراد الغاصب طمها، فامتنع صاحب الأرض أجبر[٤]، وقال المزني: لا يجبر كما لو غصب غزلاً ونسجه لم يجبر المالك على نقضه، وهذا غير صحيح؛ لأن له غرضاً في طمها، وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها بخلاف نقض الغزل المنسوج، فإن أبرأه صاحب الأرض من ضمان من يقع فيها، ففيه وجهان، أحدهما: يصح الإبراء؛ لأنه لما سقط الضمان عنه إذا أذن في حفرها، سقط عنه إذا أبرأه منها، والثاني: أنه لا يصح؛ لأن الإبراء إنما يكون من واجب، ولم يجب بعد شيء، فلم يصح الإبراء[٥].

فصل [صبغ الثوب المغصوب]:

إذا غصب ثوباً فصبغه بصبغ من عنده، نظرتَ: فإن لم تزد قيمة الثوب

---

(١) أخذ بقلعه: أي أجبر بقلعه، ومنه أخذ الحاكم على يده أي منعه وأجبره. (النظم ١/ ٣٧٢).

(٢) السفه: التبذير، والعبث: اللهو، وقد عبِث بالكسر يعبث عبثاً. (النظم ١/ ٣٧٢).

(٣) طمها: أي دفنها، يقال: جاء السيل فطم الركية أي دفنها وسواها. (النظم ١/ ٣٧٢).

(٤) للغاصب أن يستقل بطم البئر ليدفع عن نفسه خطر الضمان بالسقوط فيها. (الروضة ٥/ ٤٠).

(٥) الوجه الأول هو الراجح، ويسقط عن الغاصب الضمان، لخروجه عن أن يكون عمله جناية وتعدياً. (الروضة ٥/ ٤٠).

والصبغ، ولم تنقص، بأن كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ عشرة، فصارت قيمة الثوب مصبوغاً عشرين، صار شريكاً لصاحب الثوب بالصبغ؛ لأن الصبغ عين مال له قيمة، فإن بيع الثوب، كان الثمن بينهما نصفين، فإن زادت قيمتهما بأن صارت قيمة الثوب ثلاثين، حدثت الزيادة في ملكهما؛ لأنه بفعله زاد ماله، ومال غيره، وما زاد في ماله يملكه؛ لأنه حصل بعمل عمله بنفسه في ماله، فإن بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين[1]، وإن نقص قيمتهما، بأن صار الثوب يساوي خمسة عشر حُسِبَ النقصان على الغاصب في صبغه؛ لأنه بفعله حصل النقص؛ فإن بيع الثوب بخمسة عشر دفع إلى صاحب الثوب عشرة، وإلى الغاصب خمسة، فإن صارت قيمة الثوب عشرة، حُسِب النقص على الغاصب، فإن بيع الثوب بعشرة، دفع العشرة كلها إلى صاحب الثوب؛ لأنه إما أن يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك، أو نقص به قيمة الثوب، فلزمه أن يجبر ما نقص من قيمة الثوب، فإن صارت قيمة الثوب ثمانية، لم يستحق بصبغه شيئاً، لأنه استهلكه في الثوب، ويلزمه درهمان؛ لأنه نقص بصبغه من قيمة الثوب درهمان[2].

فصل [استهلاك ثمن الصبغ]:

إذا استهلك ثمن الصبغ لم يبق للغاصب في الثوب حق؛ لأن ماله هو الصبغ، وقد استهلكه، وإن بقي للصبغ ثمن، فطلب الغاصب استخراجه، أجيب إلى ذلك؛ لأنه عين ماله، فكان له أخذه، كما لو غرس في أرض مغصوبة غراساً، ثم أراد قلعه، فإن نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ، ضمن ما نقص؛ لأنه حصل بسبب من جهته.

وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ، وامتنع الغاصب، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجبر، وهو قول أبي العباس؛ لأن الصبغ يهلك بالاستخراج، ولا

---

(١) انظر: الروضة ٥/٤٨.

(٢) انظر: الروضة ٥/٤٨.

حاجة به إلى ذلك؛ لأنه يمكنه أن يستوفي حقه بالبيع، ولا يجوز أن يتلف مال الغير، والثاني: يجبر، وهو قول أبي إسحاق وأبي علي بن خيران، لأنه عرق ظالم لا حق له فيه، فأجبر على قلعه، كالغراس في الأرض المغصوبة[1].

وإن بذل المغصوب منه قيمة الصبغ، ليتملكه، وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول؛ لأنه إجبار على بيع ماله[2]، وإن أراد صاحب الثوب البيع، وامتنع الغاصب بيع؛ لأنه ملك له، فلا يملك الغاصب أن يمنعه من بيعه بتعديه[3].

وإن أراد الغاصب البيع، وامتنع صاحب الثوب، ففيه وجهان، أحدهما: يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه، كما يجبر الغاصب على البيع ليصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه، والثاني: لا يجبر؛ لأنه متعد فلم يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه[4].

وإن وهب الغاصب الصبغ من صاحب الثوب، ففيه وجهان، أحدهما: يجبر على قبوله؛ لأنه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقصارة الثوب، والثاني: لا يجبر؛ لأنه هبة عين فلا يجبر على قبولها[5].

---

(١) الوجه الأول هو الأصح عند العراقيين، ولا يجبر الغاصب، والوجه الثاني هو الأصح عند البغوي وطائفة، فيجبر الغاصب على استخراج الصبغ، واختاره الإمام، ونقل القطع به عن المراوزة، وأن الخلاف إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسراناً بيناً، ولم يقطع النووي بالترجيح، وتفصيله يعني أنه يرجح الوجه الأول. (الروضة ٥/ ٤٨، ٤٩).

(٢) هذا هو الوجه الأصح، فلا يجبر الغاصب، وفي المسألة وجه آخر أنه يجبر كالغراس في العارية. (الروضة ٥/ ٥٠).

(٣) نقل النووي هذه المسألة عن «المهذب» وأيدها. (الروضة ٥/ ٥٠).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يجبر صاحب الثوب على الأصح، لئلا يستحق الغاصب بتعديه إزالة ملك غيره. (الروضة ٥/ ٥٠).

(٥) يبدو ترجيح الوجه الأول، لأن الصبغ لا يتميز.

فصل [إدخال المغصوب في البناء]:

فإن غصب ساجاً[(١)]، فأدخله في البناء أو خيطاً فخاط به شيئاً، نظرتَ: فإن عفن[(٢)] الساج، وبلي الخيط، لم يؤخذ برده؛ لأنه صار مستهلكاً، فسقط رده، ووجبت قيمته، وإن كان باقياً على جهته، نظرتَ: فإن كان الساج في البناء، والخيط في الثوب، وجب نزعه ورده؛ لأنه مغصوب يمكن رده، فوجب رده كما لو لم يبن عليه، ولم يخط به[(٣)].

وإن غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان، فإن كان مباح الدم، كالمرتد، والخنزير، والكلب العقور[(٤)]، وجب نزعه ورده؛ لأنه لا حرمة له فكان كالثوب[(٥)]، وإن كان محرم الدم، فإن كان مما لا يؤكل كالآدمي، والبغل، والحمار، وخيف من نزعه الهلاك، لم ينزع؛ لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان، ولا يجوز أخذه لحفظ المال، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال[(٦)].

وإن كان مما يؤكل، ففيه قولان، أحدهما: يجب رده؛ لأنه يمكن نزعه بسبب مباح، فوجب رده كالساج، والثاني: لا يجب[(٧)]؛ لأن النبي ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة[(٨)].

---

(١) الساج: جنس من الشجر، له خشب حسن. (النظم ١/ ٣٧٢).

(٢) عفن: أي بلي ونخر. (النظم ١/ ٣٧٢).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ٥٤.

(٤) العقور: فعول من العقر، وهو الجرح، فعول بمعنى فاعل للتكثير. (النظم ١/ ٣٧٢).

(٥) يجب نزع الخيط من الحيوان غير المحترم لأنه لا يبالي بهلاكه. (الروضة ٥/ ٥٦).

(٦) لا ينزع الخيط في هذه الحالة، وعلى الغاصب قيمته. (الروضة ٥/ ٥٦).

(٧) القول الثاني هو الراجح، ولا يذبح الحيوان إن كان للغاصب في الأظهر، وإن كان الحيوان لغير الغاصب فلا ينزع قولاً واحداً. (الروضة ٥/ ٥٦).

(٨) هذا الحديث رواه أبو داود في المراسيل، ومالك في الموطأ (التلخيص الحبير ٣/ ٥٥).

فصل [إدخال المغصوب في سفينة]:

وإن غصب لوحاً وأدخله في سفينة، وخاف من نزعه الغرق، فإن كان فيها حيوان لم ينزع، لما ذكرناه في الخيط، وإن كان فيها مال غير الحيوان، فإن كان لغير الغاصب لم ينزع؛ لأنه إتلاف مال من له حرمة بجناية غيره، فلم يجز، وإن كان المال للغاصب ففيه وجهان، أحدهما: ينزع كما تنقض الدار لرد الساج، والثاني: لا ينزع؛ لأنه يمكن رده من غير إتلاف المال، بأن تجر إلى الشط بخلاف الساج في البناء[1].

وعلى هذا إذا أراد المالك أن يطالب بالقيمة، كان له ذلك؛ لأنه حيل بينه وبين ماله، فجاز له المطالبة بالبدل، كما لو غصب منه عبداً، فأبق.

وإن اختلطت السفينة التي فيها اللوح، بسفن للغاصب، ففيه وجهان، أحدهما: ينقض الجميع، كما ينقض جميع السفينة، والثاني: لا ينقض ما لم تتعين؛ لأنه إتلاف مال لم يتعين فيه التعدي[2].

فصل [ابتلاع الجوهرة المغصوبة]:

وإن غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له، فإن كانت البهيمة مما لا تؤكل ضمن قيمة الجوهرة؛ لأنه تعذر ردها، فضمن البدل، وإن كانت مما تؤكل ففيه وجهان، بناء على القولين في الخيط الذي خيط به، جرح ما يؤكل[3].

فصل [غصب الفصيل]:

وإن غصب فصيلاً فأدخله إلى داره فكبر، ولم يخرج من الباب، نقض الباب

(١) الوجه الثاني هو الراجح، فلا ينزع اللوح، وهو الأصح عند الأكثرين، وتؤخذ القيمة للحيلولة. (الروضة ٥/ ٥٥).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ولا ينزع الجميع. (الروضة ٥/ ٥٥).

(٣) سبق بيان القولين في الصفحة ٤٣٠ هامش ٧، وأن الراجح أنه لا يجب الذبح.

لرد الفصيل، كما ينقض البناء لرد الساج[1].

وإن دخل الفصيل إلى داره من غير تفريط منه نقض الباب، وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب؛ لأنه نقض لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الباب[2].

فـصـل [طرح المغصوب في المحبرة]:

وإن غصب ديناراً وطرحه في مِحْبَرة[3]، كُسِرت المحبرة، ورد الدينار، كما ينقض البناء لرد الساج، وإن وقع في المحبرة من غير تفريط من صاحبها، كسرت، وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة؛ لأنها كسرت لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب المحبرة[4].

فـصـل [بيع المغصوب وتلفه]:

وإن غصب عيناً وباعها، وقبضها المشتري، وتصرف فيها، وتلفت عنده، فللمالك أن يضمن الغاصب؛ لأنه غصبها، وله أن يضمن المشتري؛ لأنه قبض ما لم يكن له قبضه، فصار كالغاصب.

فإن ضمن الغاصب العين ضمنه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى أن تلف في يد المشتري؛ لأنه من حين الغصب إلى حين التلف في ضمانه.

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٥٧.

(٢) يلزم صاحب الفصيل أرش النقص على المذهب، وفيه قول آخر. (الروضة ٥/ ٥٧).

(٣) المِحْبرة: بالكسر وعاء الحبر الذي يكتب به، وفتح الميم وضم الباء لغة أيضاً، وسمي الحبر حبراً لتحسينه الخط وتزيينه إياه، وقيل: لتأثيره المكان يكون فيه، من الحبار وهو الأثر. (النظم ١/ ٣٧٣).

(٤) على صاحب الدينار الأرش، وإن التزم صاحب المحبرة ضمان الدينار فلا تكسر لزوال الضرر بذلك. (الروضة ٥/ ٥٧).

وإن ضمن المشتري ضمنه أكثر ما كانت قيمته من حين قبض إلى أن تلف؛ لأنه لم يدخل في ضمانه قبل القبض، فلا يضمن ما قبله[1].

فإن بدأ فضمن المشتري، نظرتَ: فإن كان عالماً بالغصب لم يرجع بما ضمنه على الغاصب؛ لأنه غاصب تلف المغصوب عنده، فاستقر الضمان عليه، كالغاصب من المالك إذا تلف عنده، فإن لم يعلم نظرتَ فيما ضمن، فإن التزم ضمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منها لم يرجع به على الغاصب؛ لأن الغاصب لم يغره بل دخل معه على أن يضمنه، وإن لم يلتزم ضمانه بالعقد نظرت فإن لم يحصل له في مقابلته منفعة، كقيمة الولد، ونقصان الجارية بالولادة، رجع على الغاصب؛ لأنه غرّه ودخل معه على أن لا يضمنه، وإن حصلت له في مقابلته منفعة كالأجرة، والمهر، وأرش البكارة، ففيه قولان، أحدهما: يرجع به؛ لأنه غرّه ولم يدخل معه على أن يضمنه، والثاني: لا يرجع به؛ لأنه حصل له في مقابلته منفعة[2]. وإن بدأ فضمن الغاصب فما لا يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرم رجع به الغاصب على المشتري، وما يرجع به المشتري على الغاصب لا يرجع به، لأنه لا فائدة في أن يرجع عليه، ثم يرجع المشتري به عليه.

فصل [أكل الطعام المغصوب]:

وإن غصب من رجل طعاماً فأطعمه رجلاً، فللمالك أن يضمن الغاصب؛ لأنه غصبه، وله أن يضمن الآكل؛ لأنه أكل ما لم يكن له أكله، فإن ضمن الآكل نظرتَ، فإن علم أنه مغصوب فأكله، لم يرجع على الغاصب بما ضمن؛ لأنه غاصب استهلك المغصوب، فلم يرجع بما

---

(1) انظر: الروضة ٥/ ٦٣.

(2) القول الأول هو الراجح، ويضمن المشتري منافع المغصوب بأجرة مثلها سواء استوفاها أم فاتت، ولا يرجع على الغاصب ما استوفاه، ولا بالمهر، ولا أرش البكارة على الجديد الأظهر، ويرجع بما تلف تحت يده على الأصح. (الروضة ٥/ ٦٣، ٦٤).

ضمنه[1]، فإن أكل ولم يعلم أنه مغصوب، ففيه قولان، أحدهما: يرجع؛ لأنه غره وأطعمه على أن لا يضمنه، والثاني لا يرجع؛ لأنه حصل له منفعة[2].

فإن أطعمه المالك فإن علم أنه له برىء الغاصب من الضمان؛ لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به، وإن لم يعلم ففيه قولان، أحدهما: يبرأ الغاصب؛ لأنه عاد إلى يده فبرىء الغاصب من الضمان، كما لو ردَّه عليه، والثاني: لا يبرأ؛ لأنه إنما ضمن لأنه أزال يده وسلطانه عن المال، وبالتقديم إليه ليأكله لم تعدْ يده وسلطانه[3]؛ لأنه لو أراد أن يأخذه لم يمكنه، فلم يزل الضمان[4].

فصل [رهن المغصوب من مالكه]:

وإن غصب من رجل شيئاً ثم رهنه عنده، أو أودعه أو آجره منه، وتلف عنده، فإن علم أنه له برىء الغاصب من ضمانه؛ لأنه أعاده إلى يده وسلطانه، وإن لم يعلم ففيه وجهان، أحدهما: أنه يبرأ الغاصب من الضمان؛ لأنه عاد إلى يده، والثاني: لا يبرأ؛ لأنه لم يعد إلى سلطانه، وإنما عاد إليه على أنه أمانة عنده[5].

وإن باعه منه برىء من الضمان، علم أو لم يعلم؛ لأن قبضه بابتياع يوجب الضمان، فبرىء به الغاصب من الضمان.

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ١٠.

(٢) القول الثاني هو الراجح، وقرار الضمان على الآكل وإن كان جاهلاً على الأظهر المشهور في الجديد. (الروضة ٥/ ١٠).

(٣) السلطان: ههنا الملك والتصرف، وفي غير هذا الحجة والوالي. (النظم ١/ ٣٧٤).

(٤) القول الأول هو الراجح، ويبرأ الغاصب، كتقديم الطعام إلى الأجنبي كما سبق. (الروضة ٥/ ١١).

(٥) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يبرأ الغاصب من الضمان على المذهب إذا أودعه للمالك أو رهنه عنده أو أجره إياها جاهلاً بالحال فتلف عنده. (الروضة ٥/ ١١).

فـصـل [رهن المغصوب عند الغاصب]:

وإن غصب شيئاً، فرهنه المالك عند الغاصب، لم يبرأ الغاصب، وقال المزني: يبرأ؛ لأنه أذن له في إمساكه فبرىء من الضمان، كما لو أودعه، والمذهب الأول؛ لأن الرهن يجتمع مع الضمان، وهو إذا رهنه شيئاً فتعدى فيه فلا ينافي الضمان(١).

فـصـل [غصب الحر]:

وإن غصب حراً وحبسه، ومات عنده، لم يضمنه؛ لأنه ليس بمال، فلم يضمنه باليد، وإن حبسه مدة لمثلها أجرة، فإن استوفى فيها منفعته لزمته الأجرة؛ لأنه أتلف عليه ما يتقوّم فلزمه الضمان، كما لو أتلف عليه ماله أو قطع أطرافه، وإن لم يستوف منفعته ففيه وجهان، أحدهما: تلزمه الأجرة؛ لأن منفعته تضمن بالإجارة فضمنت بالغصب، كمنفعة المال، والثاني: لا تلزمه؛ لأنها تلفت تحت يده، فلا يضمنه الغاصب بالغصب، كأطرافه وثياب بدنه(٢).

فـصـل [غصب الكلب]:

وإن غصب كلباً فيه منفعة، لزمه رده على صاحبه؛ لأنه يجوز اقتناؤه(٣) للانتفاع به، فلزمه رده، فإن حبسه مدة لمثلها أجرة، فهل تلزمه الأجرة؟ فيه وجهان، بناء على الوجهين في جواز إجارته(٤).

---

(١) القول الأول هو الراجح، فلا يبرأ الغاصب من الضمان على المذهب إذا رهنه من المالك. (الروضة ٥/ ١١).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، فلا يضمن الغاصب منفعة بدن الحر إن حبسه، وعطل منافعه على الأصح. (الروضة ٥/ ١٤).

(٣) اقتناء المال وغيره اتخاذه، وفي المثل: لا تقتنِ من كلب شيئاً ولو جرواً، والمقتنى الذي يلزمه ولا يريد بيعه. (النظم ١/ ٣٧٤).

(٤) ذكر النووي الوجهين، ولم يرجح. (الروضة ٥/ ١٥).

فصل [غصب الخمر]:

وإن غصب خمراً نظرتَ: فإن غصبها من ذمي[1] لزمه ردها عليه؛ لأنه يقر على شربها، فلزمه ردها عليه، وإن غصبها من مسلم ففيه وجهان، أحدهما: يلزمه ردها عليه؛ لأنه يجوز أن يطفىء بها ناراً، أو يبل طيناً، فوجب ردها عليه، والثاني: لا يلزمه، وهو الصحيح، لما روي أن أبا طلحة رضي الله عنه «سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً، فأمره ﷺ أن يهرقها»[2]، فإن أتلفها أو تلفت عنده، لم يلزمه ضمانها، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»[3]، ولأن ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل، كالميتة، والدم، فإن صار خلاً لزمه رده على صاحبه؛ لأنه صار خلاً على حكم ملكه، فلزمه رده إليه[4]، فإن تلف ضمنه؛ لأنه مال للمغصوب منه، تلف في يد الغاصب، فضمنه.

فصل [غصب جلد الميتة]:

وإن غصب جلد ميتة لزمه رده؛ لأن له أن يتوصل إلى تطهيره بالدباغ، فوجب رده عليه، فإن دبغه الغاصب ففيه وجهان، أحدهما: يلزمه رده، كالخمر إذا صار خلاً، والثاني: لا يلزمه؛ لأنه بفعله صار مالاً، فلم يلزمه رده[5].

---

(١) ذمي: منسوب إلى الذمة، وهي إعطاء الأمان. (النظم ١/ ٣٧٤).

(٢) هذا الحديث أخرجه أبو داود (٢/ ٢٩٣ كتاب الأشراب، باب الخمر تخلل)، وأحمد (٣/ ١١٩، ١٨٠). قال المطيعي: «ورجال إسناده وأصله في صحيح مسلم»، وذكر له روايات أخرى. (المجموع ١٤/ ١١٦).

(٣) حديث ابن عباس أخرجه الدارقطني (٣/ ٧) وجاء في «التعليق المغني على الدارقطني»: «رواته كلهم ثقات محتج بهم» (المرجع السابق).

(٤) الأصح أن الخل للمغصوب منه في هذه الحالة، وعلى الغاصب أرش النقص إن نقصت قيمة الخل عن العصير، وفي وجه يغرم مثل العصير. (الروضة ٥/ ٤٤، ٤٥).

(٥) الوجه الأول هو الراجح، ويلزم الغاصب رده، وأن الجلد للمغصوب منه في الأصح، وفي المسألة وجهان آخران. (الروضة ٥/ ٤٥).

فصل [غصب المزمار]:

وإن فصل صليباً[1] أو مزماراً لم يلزمه شيء؛ لأن ما أزاله لا قيمة له، والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة: «إن الله تعالى حرّم بيع الخمر، وبيع الخنازير، وبيع الأصنام، وبيع الميتة»[2]، فدل على أنه لا قيمة له، وما لا قيمة له، لا يضمن، فإن كسره نظرتَ: فإن كان إذا فصله يصلح لمنفعة مباحة، وإذا كسره لم يصلح، لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً؛ لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة فلزمه ضمانه، فإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه شيء؛ لأنه لم يتلف ما له قيمة.

فصل [فتح قفص الطير]:

وإن فتح قفصاً عن طائر، نظرتَ: فإن نفره حتى طار ضمنه؛ لأن تنفير الطائر بسبب ملجىء إلى ذهابه، فصار كما لو باشر إتلافه[3]، وإن لم ينفره، نظرتَ: فإن وقف، ثم طار لم يضمنه[4]؛ لأنه وجد منه سبب غير ملجىء[5]، ووجد من الطائر مباشرة، والسبب إذا لم يكن ملجئاً، واجتمع مع المباشرة، سقط حكمه، كما لو حفر بئراً فوقع فيها إنسان باختياره، فإن طار عقيب الفتح، ففيه قولان،

---

(١) الصليب: فعيل من الصَلْب، وهو الذي يتخذه النصارى على مثال الإنسان، ومثال الخشب الذي يزعمون أن عيسى عليه السلام صلب عليه، يتبركون به، وقد كذبهم الله تعالى بقوله: ﴿وما قتلوه وما صلبوه﴾ [النساء: ١٥٧].
والتفصيل: أخذه من موضع المفصل من غير كسر. (النظم ١/ ٣٧٤).

(٢) حديث جابر أخرجه البخاري ومسلم، وسبق هـ٣ ص٢٣، ورواه أبو داود (٢/ ٢٥٠ كتاب البيوع، باب ثمن الخمر والميتة) وبقية أصحاب السنن (مختصر سنن أبي داود ٥/ ١٢٩).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٨.

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٨.

(٥) التلجئة: الإكراه، وألجأته إلى الشيء اضطررته إليه، وألجأت أمري إلى الله أسندت. (النظم ١/ ٣٧٤).

أحدهما: لا يضمن؛ لأنه طار باختياره، فأشبه إذا وقف بعد الفتح، ثم طار، والثاني: يضمن؛ لأن من طبع الطائر النفور[1] ممن قرب منه، فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفوره منه، فصار كما لو نفره[2].

فصل [رمي الطائر بحجر]:

وإن وقع طائر لغيره على جدار، فرماه بحجر، فطار لم يضمنه؛ لأن رميه لم يكن سبباً لفواته؛ لأنه قد كان ممتنعاً وفائتاً من قبل أن يرميه، فإن طار في هواء داره[3]، فرماه، فأتلفه، ضمنه؛ لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره، فصار كما لو رماه في غير داره.

فصل [فتح الزق]:

وإن فتح زقاً[4] فيه مائع[5]، فخرج ما فيه، نظرتَ: فإن خرج في الحال ضمنه؛ لأنه كان محفوظاً بالوكاء[6]، فتلف بحله، فضمنه، وإن خرج منه شيء، فابتل أسفله، أو ثقل به أحد جانبيه، فسقط، وذهب ما فيه، ضمنه؛ لأنه ذهب بعضه بفعله، وبعضه بسبب فعله، فضمنه[7]، كما لو قطع يد رجل فمات منه.

---

(١) الطبع: السجية التي خُلق عليها الإنسان من أصله، والنفور: الذهاب بسرعة من الفزع والخوف. (النظم ١/ ٣٧٥).

(٢) القول الثاني هو الراجح، ويضمن إذا طار في الحال في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٨).

(٣) الهواء: بالمد ما بين السماء والأرض، والهوى بالقصر شهوة النفس. (النظم ١/ ٣٧٥).

(٤) الزِق: بكسر الزاي وعاء من أدم، وهو السقاء. (النظم ١/ ٣٧٥، مغني المحتاج ٢/ ٣٧٨).

(٥) المائع: الذائب. (النظم ١/ ٣٧٥).

(٦) الوكاء: الخيط أو السير الذي يشد به، وقد أوكيته، وأوكيت عليه أي شددته. (النظم ١/ ٣٧٥).

(٧) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٨، الروضة ٥/ ٤.

وإن فتحه، ولم يخرج منه شيء، ثم هبت ريح، فسقط، وذهب ما فيه، لم يضمن؛ لأن ذهابه لم يكن بفعله فلم يضمنه[1]، كما لو فتح قفصاً عن طائر، فوقف، ثم طار. أو نقب حرزاً، فسرق منه غيره.

وإن فتح زقاً فيه جامد، فذاب، وخرج، ففيه وجهان، أحدهما: لا يضمنه؛ لأنه لم يخرج عقيب الحل، فصار كما لو كان مائعاً، فهبت عليه ريح فسقط، والثاني: أنه يضمن، وهو الصحيح، لأن الشمس لا توجب الخروج، وإنما تذيبه، والخروج بسبب فعله، فضمنه كالمائع إذا خرج عقيب الفتح[2].

وإن حل زقاً فيه جامد، وقرب إليه آخر ناراً فذاب، وخرج، فقد قال بعض أصحابنا: لا ضمان على واحد منهما؛ لأن الذي حل الوكاء لم توجد منه عند فعله جناية يضمن بها، وصاحب النار لم يباشر ما يضمن، فصارا كسارقين نقب أحدهما الحرز، وأخرج الآخر المال، فإنه لا قطع على واحد منهما.

وعندي أنه يجب الضمان على صاحب النار؛ لأنه باشر الإتلاف[3] بإدناء النار، فصار كما لو حفر رجل بئراً، ودفع فيها آخر إنساناً، وأما السارق فهو حجة عليه؛ لأنا أوجبنا الضمان على من أخرج المال، فيجب أن يجب الضمان ههنا على صاحب النار، وأما القطع فلا يجب عليهما؛ لأنه لا يجب القطع إلاّ بهتك

---

(١) وكذا لا يضمنه إذا خرج بنحو زلزلة ووقوع طائر، أو جهل الحال فلم يعلم سبب سقوطه. (الروضة ٥/ ٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٨).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويضمن إذا فتح زقاً فيه جامد فذاب وخرج في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٧٨، الروضة ٥/ ٥).

(٣) المباشرة أن تلي الأمر بنفسك لا بسبب ولا بوكيل ولا خادم، وأصله جلد الإنسان. (النظم ١/ ٣٧٥).

الحرز[1]، والذي أخذ المال لم يهتك الحرز، والضمان يجب بمجرد الإتلاف، وصاحب النار قد أتلف، فلزمه الضمان[2].

فصل [فتح الزق المستعلي]:

وإن فتح زِقاً مستعلي الرأس، فاندفع ما فيه، فخرج، فجاء آخر فنكسه[3] حتى تعجل خروج ما فيه، ففيه وجهان، أحدهما: يشتركان في ضمان ما خرج بعد التنكيس، كالجارحين، والثاني: أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثاني كالجارح والذابح[4].

فصل [حل رباط السفينة]:

وإن حل رباط سفينة، فغرقت، نظرتَ: فإن غرقت في الحال ضمن؛ لأنها تلفت بفعله، وإن وقفت، ثم غرقت، فإن كان بسبب حادث كريح هبت لم يضمن؛ لأنها غرقت بغير فعله[5]، وإن غرقت من غير سبب حادث، ففيه وجهان، أحدهما: لا يضمن كالزق إذا ثبت بعد فتحه، ثم سقط، والثاني: أنه يضمن؛ لأن الماء أحد المتلفات[6].

---

(١) الهتك: أصله الخرق، يقال: هتك الستر عما وراءه، والاسم الهتكة. (النظم ١/ ٣٧٥).

(٢) ما رجحه المصنف هو الراجح، وأن الضمان على المقرب في الأصح. (مغني المحتاج ٢/ ٢٧٨، الروضة ٥/ ٥).

(٣) يقال: نكست الشيء وأنكسته نكساً إذا قلبته على رأسه فانتكس، ونكّس بالتشديد تنكيساً، والناكس المطأطىء رأسه. (النظم ١/ ٣٧٥).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، وأن ما خرج بعد التنكيس على الثاني على الأصح. (الروضة ٥/ ٥).

(٥) انظر في الصورتين: الروضة ٥/ ٥.

(٦) ذكر النووي الوجهين ولم يرجح، ولكن قال: «وليكن الأمر كذلك في مسألة الزق إذا لم يظهر حادث لسقوطه» (الروضة ٥/ ٥)، ورجح الشربيني في الحالة الثانية عدم الضمان نقلاً عن الماوردي. (مغني المحتاج ٢/ ٢٧٨).

فـصـل [تأجيج النار]:

إذا أجج على سطحه ناراً[1]، فطارت شرارة إلى دار الجار، فأحرقتها، أو سقى أرضه، فنزل الماء إلى أرض جاره، فغرقها، فإن كان الذي فعله ما جرت به العادة لم يضمن؛ لأنه غير متعد، وإن فعل ما لم تجر به العادة، بأن أجج من النار ما لا يقف على حد داره، أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن؛ لأنه متعد.

فـصـل [إلقاء الريح الثوب]:

إذا ألقت الريح ثوباً لإنسان في داره، لزمه حفظه؛ لأنه أمانة حصلت تحت يده، فلزمه حفظها، كاللقطة[2]، فإن عرف صاحبه لزمه إعلامه، فإن لم يفعل ضمنه؛ لأنه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف، فصار كالغاصب.

وإن وقع في داره طائر لم يلزمه حفظه، ولا إعلام صاحبه؛ لأنه محفوظ بنفسه؛ فإن دخل إلى برج في داره طائر، فأغلق عليه الباب، نظرتَ: فإن نوى إمساكه على نفسه ضمنه؛ لأنه أمسك مال غيره فضمنه كالغاصب، وإن لم ينو إمساكه على نفسه لم يضمنه؛ لأنه يملك التصرف في برجه[3]، فلا يضمن ما فيه.

فـصـل [الاختلاف في التلف]:

إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب، فقال المغصوب منه: هو باق، وقال الغاصب: تلف، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف[4]، وهل يلزمه البدل؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يلزمه؛ لأن

---

(١) أي أوقدها حتى طلع لهبها، والأجيج تلهب النار، وقد أجت تؤج أجيجاً، والسطح: معروف، وهو ظاهر السقف، وسطح كل شيء أعلاه. (النظم ١/ ٣٧٥).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٦.

(٣) البرج: مسكن الحمام الذي يفرخ فيه. (النظم ١/ ٣٧٦).

(٤) انظر: الروضة ٥/ ٢٨.

المغصوب منه لا يدعيه، والثاني: يلزمه؛ لأنه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين، فاستحق البدل، كما لو غصب عبداً فأبق[١].

فصل [الاختلاف في القيمة]:

وإن تلف المغصوب، واختلفا في قيمته، فقال الغاصب: قيمته عشرة، وقال المغصوب منه: قيمته عشرون، فالقول قول الغاصب[٢]؛ لأن الأصل براءة ذمته، فلا يلزمه إلاَّ ما أقر به، كما لو ادعى عليه ديناً من غير غصب، فأقر ببعضه.

فصل [الاختلاف في الصفة]:

وإن اختلفا في صفته، فقال الغاصب: كان سارقاً فقيمته مائة، وقال المغصوب منه: لم يكن سارقاً فقيمته ألف، فالقول قول المغصوب منه؛ لأن الأصل عدم السرقة، ومن أصحابنا من قال: القول قول الغاصب؛ لأنه غارم، والأصل براءة ذمته مما زاد على المائة[٣].

فإن قال المغصوب منه: كان كاتباً، فقيمته ألف، وقال الغاصب: لم يكن كاتباً فقيمته مائة، فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل عدم الكتابة[٤] وبراءة الذمة مما زاد على المائة.

فإن قال المغصوب منه: غصبتني طعاماً حديثاً، وقال الغاصب: بل غصبتك طعاماً عتيقاً[٥]، فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل أنه لا يلزمه الحديث، فإذا

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، فإذا حلف غرّمه المالك القيمة في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٨٧، الروضة ٥/ ٢٨).

(٢) يصدق الغاصب، وعلى المالك البينة. (الروضة ٥/ ٢٨).

(٣) القول الأول هو الراجح، لأنهما اختلفا في عيب حادث غير خِلْقي كقول الغاصب كان سارقاً أو أقطع فيصدق المالك بيمينه في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٨٧).

(٤) انظر: الروضة ٥/ ٢٨.

(٥) الطعام الحديث ضد العتيق، وهو من سنته، والعتيق من عام قبله أو عامين. (النظم ١/ ٣٧٦).

حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق؛ لأنه أنقص من حقه.

فـصـل [الاختلاف في التخليل]:

وإن غصبه خمراً، وتلف عنده، ثم اختلفا، فقال المغصوب منه: صار خلاً، ثم تلف، فعليك الضمان، وقال الغاصب: بل تلف وهو خمر، فلا ضمان عليّ، فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل براءة ذمته، ولأن الأصل أنه باق على كونه خمراً[1].

فـصـل [الاختلاف في الثياب]:

وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب، فادعى المغصوب منه أنها له، وادعى الغاصب أنها له، فالقول قول الغاصب؛ لأن العبد وما عليه في يد الغاصب، فكان القول قوله[2]، والله أعلم.

• • •

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٢٩.

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٢٩.

كتاب الشفعة

وتجب الشفعة(١) في العقار، لما روى جابر رضي الله عنه قال: «قضى(٢) رسول الله ﷺ بالشفعةِ في كل شِرْكٍ(٣) لم يُقْسم رَبعه(٤)، أو حائط لا يحلّ له أنْ يبيعَه حتى يُؤذِنَ شَريكه(٥)، فإنْ شاءَ أخذَ وإنْ شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحقُّ به»(٦)، ولأن الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك، فثبتت فيه الشفعة لإزالة الضرر.

---

(١) الشفعة مأخوذة من الشفع، وهو الزوج ضد الفرد، كأنه إذا شفع يجعل الفرد، زوجاً، ومعناه الاشتراك في الملك، وقيل: اشتقاقها من الزيادة، وهو أن تشفع فيما تطلبه إلى ما عنده فتشفعه أي تزيده. (النظم ١/٣٧٦). والشفعة عرفاً : هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه. (المجموع ١٤/١٣٤).

(٢) قضى: أي حكم وأوجب. (النظم ١/٣٧٦).

(٣) الشرك: هو اسم من الاشتراك في الملك. (النظم ١/٣٧٦).

(٤) الرَبْع: هو الدار نفسها حيث كانت، جمع رباع وربوع وأربع وأرباع، سمي بذلك لأن الإنسان يربع فيه أي يسكنه ويقيم فيه، ولعل الرَبعة تأنيثه. (النظم ١/٣٧٦).

(٥) الحائط: النخل تحوط عليه بجدار أو غيره، ويُؤذِن شريكه: أي يعلمه، وأذان من الله. أي إعلام، ومنه الأذان في الصلاة: هو الإعلام بها. (النظم ١/٣٧٦).

(٦) حديث جابر، أخرج الشطر الأول منه البخاري عن جابر (٢/ ٧٧٠ كتاب البيوع، باب بيع الشريك من شريكه، ٢/٧٨٧ كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لا يقسم)، ورواه مسلم بلفظ قريب من لفظ المصنف (١١/ ٤٦ كتاب المساقاة، باب الشفعة)، والبيهقي (٦/ ١٠٢). ورواه بألفاظ قريبة أو بمعناه أبو داود والترمذي والنسائي وأحمد وابن ماجه (المجموع ١٤/ ١٣٤، سنن أبـي داود ٢/ ٢٥٦ كتاب البيوع، باب الشفعة، مسند الإمام أحمد ٣/ ٣٧٢، ٣٩٩، ٥/ ٣٢٦).

فصل [لا شفعة في المنقول]:

وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه، لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا شفعة إلاَّ في رَبعة أو حائط»(١).

وأما البناء والغراس فإنه إن بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة، لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له شريك في رَبع أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يُؤذن شريكه، فإن رضي أخذه، وإن كره تركه»(٢). ولأنه يراد للتأبيد، فهو كالأرض، فإن بيع منفرداً لم تثبت فيه الشفعة؛ لأنه ينقل ويحوّل فلم تثبت فيه الشفعة.

واختلف أصحابنا في النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها(٣) من بياض الأرض، فمنهم من قال: تثبت فيه الشفعة؛ لأنه فرع تابع لأصل ثابت، ومنهم من قال: لا شفعة فيها؛ لأن القرار(٤) تابع لها، فإذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفي تبعها(٥).

وإن كانت دار أسفلها لواحد، وعلّوها مشترك بين جماعة، فباع أحدهم نصيبه، فإن كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة في الحصة المبيعة من

---

(١) حديث جابر أخرجه مسلم بلفظ «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربّع أو حائط...» (٤٧/١١ كتاب المساقاة، باب الشفعة)، والبيهقي عن جابر، وأبـي هريرة (١٠٩/٦)، ولفظه «لا شفعة إلاَّ في أرض أو عقار»، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٥٥.

(٢) حديث جابر رواه مسلم (٤٥/١١ كتاب البيوع، باب الشفعة)، والترمذي (٤/ ٥٤٠ كتاب البيوع، باب المشترك يريد بعضهم بيع نصيبه)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٥٥.

(٣) يتخللها: أي يكون في خلالها من البياض، والخلل الفرجة بين الشيئين، والجمع: الخلال، قال الله تعالى: ﴿فترى الوَدْق يخرج من خلاله﴾ [النور: ٤٣]، وهو الفرج بين السحاب. (النظم ١/ ٣٧٦).

(٤) القرار: المستقر من الأرض، وهو الذي يقر فيه أي يثبت فيه ويقيم. (النظم ١/ ٣٧٧).

(٥) الوجه الثاني هو الراجح، ولا تثبت الشفعة في النخل مع مغارسها فقط على الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٩٦، ٢٩٧).

العلو، لأنه بناء منفرد، وإن كان السقف للشركاء في العلو ففيه وجهان، أحدهما: لا تثبت فيه الشفعة؛ لأنه لا يتبع أرضاً، والثاني: تثبت؛ لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه، ويأوي إليه فهو كالأرض[1].

فصل [الزرع مع الأرض]:

وإن بيع الزرع مع الأرض، أو الثمرة الظاهرة مع الأصل، لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة؛ لأنه منقول، فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة كثيران الضيعة.

فإن بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة، ففيه وجهان، أحدهما: تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة؛ لأنها تبعت الأصل في البيع، فأخذت معه بالشفعة كالغراس، والثاني: لا تؤخذ؛ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل، كالزرع، والثمرة الظاهرة[2].

فصل [الشفعة للشريك]:

ولا تثبت الشفعة إلاَّ للشريك في ملك مشاع[3]، فأما الجار والقاسم فلا شفعة لهما، لما روى جابر رضي الله عنه، قال: «إنَّما جَعل رسولُ اللَّهِ ﷺ الشفعةَ في كل ما لم يقسم، فإذا وقعتِ الحدودُ وصُرِفَتِ الطرق فلا شفعة»[4]، ولأن

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ولا تثبت الشفعة في العلو بين أصحابه في الأصح، ولو كان السقف مشتركاً بينهم. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٩٧)، وفي عصرنا يرجح الثاني، والله أعلم.

(٢) الوجه الأول هو الراجح، وتثبت الشفعة في الأرض مع الثمر ولو كان غير مؤبر في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٩٧).

(٣) مشاع: أي مشترك غير مقسوم، من قولهم: أشاع الخبر إذا أذاعه، ولم يختص به واحد، وإنما قيل له مشاع لأن سهم كل واحد من الشريكين أشيع أي أذيع وفرق في أجزاء سهم الآخر حتى لا يتميز منه، يقال: شاع اللبن في الماء إذا تفرقت أجزاؤه في أجزائه حتى لا يتميز. (النظم ١/ ٣٧٧).

(٤) حديث جابر رواه البخاري (٢/ ٧٧٠ كتاب البيوع، باب بيع الشريك من شريكه، ٢/ ٨٨٣، ٨٨٤ كتاب الشركة في الأراضين، وباب إذا اقتسم الشركاء الدور)، وأبو داود (٢/ ٢٥٦ كتاب البيوع، باب الشفعة)، والنسائي (٧/ ٢٨٢ كتاب البيوع، باب الشفعة) وابن ماجه =

الشفعة إنما تثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به، فتدعو الحاجة إلى مقاسمته، فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق[1]، وهذا لا يوجد في المقسوم.

فصل [الشفعة فيما يقسم]:

ولا تجب إلاَّ فيما تجب قسمته عند الطلب، فأما ما لا تجب قسمته كالرحا، والبئر الصغيرة، والدار الصغيرة، فلا تثبت فيه الشفعة، وقال أبو العباس: تثبت فيه الشفعة؛ لأنه عقار فثبت فيه الشفعة، قياساً على ما تجب قسمته، والمذهب: الأول[2]، لما روي عن أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه أنه قال: «لا شفعةَ في بئر، والأُرَفُ تقطع كل شفعة»[3]، ولأن الشفعة إنما تثبت للضرر الذي يلحقه بالمقاسمة، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم.

وأما الطريق المشترك في درب[4] مملوك، يُنظر فيه، فإن كان ضيقاً إذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقاً يدخل فيه إلى ملكه فلا شفعة فيه، وإن كان واسعاً،

= (٢/ ٨٣٤ كتاب الشفعة، باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة)، وأحمد (٣/ ٢٩٦، ٢٩٩)، ومالك (الموطأ ص ٤٤٤ كتاب الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة)، والدارمي (٢/ ٧٢٦ كتاب البيوع، باب الشفعة)، والبيهقي (٦/ ١٠٢)، وروى الشطر الأول منه الترمذي (٤/ ٦١٣ كتاب الأحكام، باب الشفعة)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٥٥.

(١) المرافق: هي ما يرفق به أي ينتفع، والرفق: النفع. (النظم ١/ ٣٧٧).

(٢) لا شفعة فيما لو قسم بطلت منفعته المقصودة في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٩٧).

(٣) أثر عثمان رضي الله عنه رواه البيهقي (٦/ ١٠٥)، وفي الرواية: «ولا فَحْل» والمراد فحل النخل، والأرف هي المعالم والحدود بين الأراضين، الواحدة أُرْفة، مثل غرفة وغرف، وقال عثمان رضي الله عنه: أي مال أُرف عليه وقسم فلا شفعة فيه. (النظم ١/ ٣٧٧، سنن البيهقي ٦/ ١٠٥).

(٤) الطريق المشترك في درب: هي بيوت مجتمعة يجمعها طريق واحد، وهي كبيوت أهل صنعاء. (النظم ١/ ٣٧٧).

نظرت، فإن كان للدار المبيعة طريق آخر، وجبت الشفعة في الطريق؛ لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة، ولا ضرر على أحد في أخذه بالشفعة، فأشبه غير الطريق، وإن لم يكن للدار طريق غيره، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: لا شفعة فيه؛ لأنا لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشتري؛ لأنه يبقى ملكه بغير طريق، والضرر لا يزال بالضرر، والثاني: تثبت فيه الشفعة؛ لأنه أرض تحتمل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق، والثالث: أنه إن أمكن الشفيع المشتري من دخول الدار ثبت له الشفعة، وإن لم يمكنه فلا شفعة؛ لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير إضرار، ولا يمكن مع عدم التمكين إلاَّ بالإضرار[1].

فصل [الشفعة في المملوك ببدل]:

وتثبت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع، لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «فإن باعه ولم يُؤْذِنْه فهو أحق به»[2] وتثبت في كل عقد يملك الشقص فيه بعوض، كالإجارة، والنكاح، والخلع؛ لأنه عقد معاوضة، فجاز أن تثبت الشفعة في الشقص المملوك به كالبيع[3].

فصل [لا شفعة في المملوك بغير عوض]:

فأما فيما ملك فيه الشقص[4] بغير عوض كالوصية والهبة من غير عوض، فلا تثبت فيه الشفعة؛ لأنه ملكه بغير بدل، فلم تثبت فيه الشفعة، كما لو ملكه بالإرث.

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، وتثبت الشفعة في الممر إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار في الصحيح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٩٨).

(٢) حديث جابر حديث صحيح رواه البخاري وغيره، وسبق بيانه ص ٤٤٥ هامش ٦.

(٣) قال النووي: «وإنما تثبت الشفعة فيما ملك بمعاوضة ملكاً لازماً متأخراً عن ملك الشفيع». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٩٨)، وانظر: الروضة ٥/ ٧٤.

(٤) الشقص: هو النصيب والطائفة من الشيء. (النظم ١/ ٣٧٧).

وإن باع من رجل شقصاً، فعفا الشفيع فيه عن الشفعة، ثم رجع الشقص إليه بالإقالة لم تثبت فيه الشفعة، لأنه لم يملكه بعوض، وإنما انفسخ البيع، ورجع المبيع إلى ملكه بغير بدل(١).

فإن باعه شقصاً، فعفا الشفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلاً ثبتت فيه الشفعة؛ لأن التولية بيع برأس المال.

وإن قال لأم ولده: إن خدمت ورثتي شهراً فلك هذا الشقص، فخدمتهم ملكت الشقص، وهل تثبت فيه الشفعة؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه تثبت؛ لأنها ملكته ببدل هو الخدمة، فصار كالمملوك بالإجارة، والثاني: لا تثبت فيه الشفعة؛ لأنه وصية في الحقيقة، لأنه يعتبر من الثلث، فلم تثبت فيه الشفعة، كسائر الوصايا(٢).

وإن دفع المكاتب إلى مولاه شقصاً عن نجم عليه، ثم عجز ورقَّ، فهل للشفيع في الشقص شفعة أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: لا شفعة فيه؛ لأنه بالعجز صار ماله للمولى بحق الملك، لا بالمعاوضة، وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه، والثاني: تثبت فيه؛ لأنه ملكه بعوض، فثبت فيه الشفعة، فلا تسقط بالفسخ بعده(٣).

فصل [الشفعة لمستحق الوقف]:

وإن بيع شقص في شركة الوقف، فإن قلنا: إن الموقوف عليه لا يملك

---

(١) وهذا القول على اعتبار أن الإقالة فسخ، وفي قول أنها بيع وتثبت الشفعة. (الروضة ٥/ ٧٧).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ولا تثبت الشفعة في الأصح، لأن وصيته معتبرة من الثلث. (الروضة ٥/ ٧٨).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، ولا تثبت الشفعة إذا عجز المكاتِب ورقَّ في الأصح. (الروضة ٥/ ٧٨).

الوقف، لم تجب فيه الشفعة؛ لأنه لا ملك له، وإن قلنا: إنه يملك، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يأخذ بالشفعة؛ لأنه يلحقه الضرر في ماله من جهة الشريك، فأشبه مالك الطِلْق[1]، والثاني: لا يأخذه، لأن ملكه غير تام، بدليل أنه لا يملك التصرف فيه، فلا يملك به ملكاً تاماً[2].

فصل [البيع مع الخيار]:

وإن اشترى شقصاً، وشرط الخيار فيه للبائع، لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار؛ لأنه في أحد الأقوال لا يملك الشقص، وفي القول الثاني: ملكه موقوف، فلا يعلم هل يملك أم لا؟ وفي القول الثالث: يملكه ملكاً غير تام؛ لأن للبائع أن يفسخه[3]، ولأنه إذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع؛ لأنه يسقط حقه من الفسخ، والضرر لا يزال بالضرر، وإن شرط الخيار للمشتري وحده فإن قلنا: إنه لا يملك، أو قلنا إنه موقوف، لم يأخذ لما ذكرناه في خيار البائع، وإن قلنا إنه يملكه، ففيه قولان، أحدهما: لا يأخذه؛ لأنه بيع فيه خيار، فلا يأخذ به، كما لو كان الخيار للبائع، والثاني: يأخذه، وهو الصحيح؛ لأنه لا حق فيه لغير المشتري، والشفيع يملك إسقاط حقه، ولهذا يملك إسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك، فلأن يملك قبل لزومه أولى[4].

---

(١) الطِلْق: بكسر الطاء، هو ضد الوقف، لأن الوقف محبوس، والطِلْق ضده. (النظم ١/ ٣٧٨).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ولا تثبت الشفعة لمستحق الوقف على المذهب. (الروضة ٥/ ٧٤).

(٣) سبق بيان هذه الأقوال في كتاب البيوع صفحة ١٩ هـ ١، وأن الأظهر أن الملك إن كان الخيار للبائع فملك المبيع له، وإن كان للمشتري فله، وإن كان لهما فموقوف. (وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٨).

(٤) هذا الوجه الثاني هو الراجح، فإن شرط الخيار للمشتري وحده فالأظهر أنه يُؤخذ بالشفعة إن قلنا: الملك للمشتري، وهو الراجح، وإلاَّ فلا. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٩٩).

فـصــل [الشفعة للكافر]:

وتثبت الشفعة للكافر على المسلم، لحديث جابر رضي الله عنه: «لا يحلُّ له أن يبيعَه حتى يُؤذن شريكه، فإن باعه ولم يؤذِنْه فهو أحق به» ولم يفرق، ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال، فاستوى فيه الكافر والمسلم، كالرد بالعيب(١).

فـصــل [الشفعة بالعوض]:

ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض؛ لأنه إذا أخذه ولم يقدر على العوض، أضر بالمشتري، والضرر لا يزال بالضرر، فإن أحضر رهناً أو ضميناً، أو عوضاً عن الثمن، لم يلزم قبوله؛ لأن ما استحق أخذه بالعوض، لم يلزم قبول الرهن، والضمين، والعوض فيه، كالمبيع في يد البائع.

فـصــل [العوض المملوك به]:

ويأخذ الشفيع بالعوض الذي ملك به، فإن اشتراه أخذه بالثمن، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبـي ﷺ قال: «فإن باعه فهو أحق به بالثمن»(٢).

وإن اشترى شقصاً، وسيفاً، بثمن، قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، وأخذ الشقص بحصته، وترك السيف على المشتري بحصته؛ لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته، ولا يثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه؛ لأنه دخل في العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه(٣).

وإن اشترى الشقص بثمن ثم ألحق به زيادة، أو حط عنه بعضه، أو وجد به عيباً، فأخذ عنه الأرش، فعلى ما ذكرناه في بيع المرابحة ، فإن نقص الشقص في يد المشتري، فقد روى المزني: أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن، وقال في

---

(١) انظر: الروضة ٥/٧٣.

(٢) حديث جابر حديث صحيح، وسبق بيانه صفحة ٤٤٥.

(٣) انظر: الروضة ٥/٨٨.

«القديم»: يأخذه بالحصة، واختلف أصحابنا في ذلك، فمنهم من قال: فيه قولان، وهو الصحيح، أحدهما: يأخذه بجميع الثمن، كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع، فإن المشتري يأخذه بجميع الثمن، والقول الثاني: أنه يأخذه بالحصة وهو الصحيح؛ لأنه أخذ بعض ما دخل في العقد، فأخذه بالحصة، كما لو كان معه سيف[1]، ومنهم من قال: إن ذهب التأليف، ولم يذهب من الأجزاء شيء، أخذ بالجميع؛ لأن الذي يقابله الثمن أجزاء العين وهي باقية، فإن تلف بعض الأجزاء من الآجر والخشب أخذه بالحصة؛ لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقي بالحصة، وحمل القولين على هذين الحالين. ومنهم من قال: إن كانت العرصة باقية أخذ بالجميع؛ لأن العرصة هي الأصل، وهي باقية، فإن ذهب بعض العرصة، أخذ بالحصة؛ لأنه تلف بعض الأصل، فأخذ الباقي بالحصة، وحمل القولين على هذين الحالين، ومنهم من قال: إن تلف بجائحة من السماء أخذ بالجميع، لأنه لم يحصل للمشتري بدل التالف، وإن تلف بفعل آدمي أخذ بالحصة؛ لأنه حصل للمشتري بدل التالف، وحمل القولين على هذين الحالين.

فصل [الشراء بثمن مؤجل]:

وإن اشترى الشقص بمائة مؤجلة، ففيه ثلاثة أقوال، أحدها: يأخذ بمائة مؤجلة؛ لأن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته، فكان تابعاً له في التأجيل، والثاني: أنه يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى الأجل؛ لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة؛ لأن ذلك أكثر مما لزم المشتري، ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة؛ لأن الذمم لا تتماثل، فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشتري، فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمته، كما يعدل فيما لا مثل له إلى جنس آخر بقيمته، والثالث: وهو الصحيح؛ أنه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ، وبين أن يصبر إلى

(١) هذا هو القول الراجح، ولا يلحق الحط ولا الزيادة بالعقد، ويأخذ الشفيع بالحصة. الروضة ٥/ ٩٠.

أن يحل فيأخذ؛ لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة، ولا بمائة مؤجلة، لما ذكرناه، ولا يمكن أن يأخذ بسلعة؛ لأن الشفيع إنما يأخذ بالمثل، أو بالقيمة، والسلعة ليست بمثل الثمن، ولا هي قيمته، فلم يبق إلَّا التخيير[1].

فصل [بيع المريض لوارثه]:

وإن باع رجل في مرضه من وارثه شقصاً، يساوي ألفين بألف، ولم تجز الورثة بطل البيع في نصفه؛ لأنه قدر المحاباة[2]، فإن اختار الشفيع أن يأخذ النصف بالألف لم يكن للمشتري الخيار في تفريق الصفقة؛ لأن الشفيع أخذه بألف، وإن لم يأخذه الشفيع فللمشتري أن يفسخ البيع؛ لتفرق الصفقة عليه[3].

وإن باع من أجنبي وحاباه، والشفيع وارث، فاختمل الثلث المحاباة، ففيه خمسة أوجه، أحدها: أن البيع يصح في نصف الشقص بالألف، وللشفيع أن يأخذه، ويبقى النصف للمشتري بلا ثمن، لأن المحاباة وصية، والوصية للمشتري تصح، ولا تصح للشفيع، فيصير كأنه وهب له النصف، وباع منه النصف بثمن المثل، ويأخذ الشفيع النصف بجميع الثمن، ويبقى النصف للمشتري بغير ثمن، والثاني: أن البيع يصح في نصفه بالألف؛ لأنا إن دفعنا الجميع إلى الشفيع بالألف حصلت الوصية للوارث، وإن دفعنا إليه النصف بالألف، وتركنا النصف على المشتري ألزمنا الشفيع في النصف أكثر مما لزم المشتري، فلم يبق إلَّا الفسخ بالنصف؛ ودفع النصف إلى الوارث من غير محاباة، والثالث: أن البيع باطل؛ لأن المحاباة تعلقت بالكل، فلا يجوز أن تجعل في نصفه، والرابع: أنه يصح البيع، وتسقط الشفعة؛ لأن إثبات الشفعة يؤدي إلى إبطال البيع، وإذا بطل البيع سقطت

---

(١) القول الثالث هو الراجح، والأظهر أن الشفيع يتخير. (الروضة ٥/ ٨٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠١).

(٢) المحاباة: في البيع هو ترك شيء من الثمن، مأخوذ من الحباء، هو العطية، يقال: حباه ويحبوه، كأنه أعطاه ذلك، مفاعلة من الحباء. (النظم ١/ ٣٧٩).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ٨١.

الشفعة، وما أدى ثبوته إلى سقوطه وسقوط غيره سقط، فسقطت الشفعة وبقي البيع، والخامس: وهو الصحيح، أنه يصح البيع في الجميع بالألف، ويأخذ الشفيع الجميع بالألف؛ لأن المحاباة وقعت للمشتري دون الشفيع، والمشتري أجنبي، فصحت المحاباة له[1].

فصل [الشراء بعرض]:

وإن اشترى الشقص بعرض، فإن كان له مثل كالحبوب والأدهان أخذه بمثله؛ لأنه من ذوات الأمثال، فأخذ به كالدراهم والدنانير، وإن لم يكن له مثل، كالعبيد والثياب أخذه بقيمته؛ لأن القيمة مثل لما لا مثل له، ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة، كما يأخذ بالثمن الذي وجب عند وجوب الشفعة.

وإن اشترى الشقص بعبد، وأخذ الشفيع بقيمته، ووجد البائع بالعبد عيباً، ورده أخذ قيمة الشقص، وهل يثبت التراجع للشفيع والمشتري بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يتراجعان؛ لأن الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد، وهو قيمة العبد، فلا يتغير بما طرأ بعده[2]، والثاني: يتراجعان، فإن كانت قيمة الشقص أكثر رجع المشتري على الشفيع، وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع الشفيع على المشتري؛ لأنه استقر الشقص على المشتري بقيمته، فثبت التراجع بما بين القيمتين.

وإن وجد البائع بالعبد العيب، وقد حدث عنده عيب آخر، فرجع على المشتري بالأرش، نظرت فإن أخذ المشتري من الشفيع قيمة العبد سليماً لم يرجع عليه بالأرش؛ لأن الأرش دخل في القيمة، وإن أخذ قيمته معيباً، فهل يرجع

---

(١) الوجه الخامس هو الراجح، وهو الأصح عند الجمهور، فيصح البيع، ويأخذ الوارث بالشفعة؛ لأن المحاباة مع المشتري، لا مع الوارث. (الروضة ٥/ ٨٢).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ولا يرجع المشتري على الشفيع بالأرش في الأصح، لأن الشفيع ملكه بالمبذول، فلا يتغير حكمه. (الروضة ٥/ ٩٠).

بالأرش؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يرجع؛ لأنه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذي استقر عليه العقد، والثاني: يرجع بالأرش؛ لأنه استقر الشقص عليه بقيمة عبد سليم، فرجع به على الشفيع[1].

فصل [العوض أجرة]:

وإن جعل الشقص أجرة في إجارة، أخذه الشفيع بأجرة مثل المنفعة، فإن جعل صداقاً في نكاح، أو بدلاً في خلع، أخذ الشفيع بمهر مثل المرأة؛ لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها كالثوب، والعبد، وإن جعل متعة في طلاق امرأة أخذ الشفيع بمتعة مثلها، لا بالمهر؛ لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر[2].

فصل [الشفعة على الفور]:

والشفيع بالخيار بين الأخذ والترك، لأنه حق ثبت له لدفع الضرر عنه، فخير بين أخذه وتركه، وفي خياره أربعة أقوال، قولان نص عليهما في «القديم»، أحدهما: أنه على التراخي لا يسقط إلاّ بالعفو، أو بما يدل على العفو، كقوله: بعني، أو قاسمني، وما أشبههما؛ لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه في تأخيره، فلم يسقط إلاّ بالعفو، كالخيار في القصاص، والثاني: أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العفو؛ لأنا لو قلنا: إنه على الفور أضررنا بالشفيع؛ لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك، والحظ في الأخذ، أو يأخذه والحظ في الترك، فيندم، وإن قلنا: إنه على التراخي إلى أن يسقط أضررنا بالمشتري؛ لأنه لا يقدر على التصرف والسعي في عمارته خوفاً من الشفيع، فجعل له إلى أن يرفع إلى الحاكم ليدفع عنه الضرر، والثالث: نص عليه في «سير حرملة» أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام؛ لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور؛

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويرجع المشتري بالأرش في الأصح، لأن الشقص استقر عليه بالعبد والأرش. (الروضة ٥/٩١).

(٢) انظر: الروضة ٥/٧٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٩٨.

لأنه يستضر به الشفيع، ولا أن يجعل على التراخي؛ لأنه يستضر به المشتري، فقدر بثلاثة أيام؛ لأنه لا ضرر فيه على الشفيع؛ لأنه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ في ثلاثة أيام، ولا على المشتري؛ لأنه قريب، والرابع: نص عليه في «الجديد» أنه على الفور، وهو الصحيح[(١)]، لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الشفعة لمن واثبها»[(٢)]، ورُوي أنه قال: «الشفعةُ كنشطة العقال[(٣)]، إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها»[(٤)].

فعلى هذا إن أخر الطلب من غير عذر سقط؛ لأنه على الفور، فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب، وإن أخره لطهارة، أو صلاة، أو طعام، أو لبس ثوب، أو إغلاق باب، فهو على شفعته؛ لأنه ترك الطلب لعذر[(٥)].

---

(١) القول الرابع هو الراجح، والأظهر أن الشفعة على الفور. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٧، الروضة ٥/ ١٠٧).

(٢) هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق من قول شريح، وذكره قاسم بن ثابت في دلائله. (التلخيص الحبير ٣/ ٥٧).

وقوله: «واثبها» أي بادرها، كما يبادر الشيء من يثب عليه أي يقفز ويظفر. (النظم ١/ ٣٨٠).

(٣) تقول: نشطت الحبل: عقدت له أنشوطة، ونشطت الحبل: حللته، يقال: كأنما أُنشط من عقال، وهو مثل للإسراع والمبادرة، كما يبادر البعير إلى القيام عند حل عقاله. (النظم ١/ ٣٨٠).

(٤) قال ابن حجر: «هذا حديث ذكره أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي بلا إسناد، وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر بلفظ «الشفعة كحل العقال، فإن قيدها مكانه ثبت حقه، وإلاَّ فاللوم عليه». (التلخيص الحبير ٣/ ٥٦، ٥٧).

ورواه ابن ماجه بلفظ «الشفعة كحل العقال» (٢/ ٨٣٥ كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة)، ورواه البزار من حديث ابن عمر، قال ابن حجر: «وإسناده ضعيف جداً». (التلخيص الحبير ٣/ ٥٦).

(٥) انظر: الروضة ٥/ ١٠٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٨.

وإن قال: سلام عليكم أنا مطالب بالشفعة، ثبتت الشفعة، لأن السلام قبل الكلام سنة، فلا تسقط به الشفعة.

وإن قال: بارك الله في صفقة يمينك، أنا مطالب بالشفعة، لم تسقط؛ لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفعة؛ لأنه يجوز أن يكون دعاء للصفقة بالبركة، لأنها أوصلته إلى الأخذ بالشفعة(١).

وإن قال: صالحني عن الشفعة على مال، لم يصح الصلح؛ لأنه خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط، وفي شفعته وجهان، أحدهما: تسقط؛ لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر، والثاني: لا تسقط؛ لأنه تركها على عوض، ولم يسلم له العوض فبقي على شفعته(٢).

فإن أخذه بثمن مستحق(٣)، ففيه وجهان، أحدهما: تسقط؛ لأنه ترك الأخذ الذي يملك به من غير عذر، والثاني: لا تسقط؛ لأنه استحق الشقص بمثل الثمن في الذمة، فإذا عينه فيما لا يملك سقط التعيين، وبقي الاستحقاق، كما لو اشترى شيئاً بثمن في الذمة، ووزن فيه ما لا يملك(٤).

فصل [الشفعة للمريض والمحبوس والغائب]:

وإن وجبت له الشفعة، وهو محبوس، أو مريض، أو غائب، نظرتَ: فإن لم يقدر على الطلب، ولا على التوكيل، ولا على الإشهاد، فهو على شفعته؛ لأنه ترك بعذر، وإن قدر على التوكيل فلم يوكل، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: وهو قول

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ١١٠، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٨.

(٢) الوجه الأول هو الراجح، وتبطل شفعته إن علم الشفيع بفساد الصلح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٩).

(٣) أخذه بثمن مستحق: أي أخذه من يدعيه بحق من بينة وإقرار. (النظم ١/ ٣٨٠).

(٤) قال النووي: «وإن دفع الشفيع مُسْتَحَقاً لم تبطل شفعته إن جهل، وكذا إن علم في الأصح». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٣).

القاضي أبـي حامد أنه تسقط شفعته؛ لأنه ترك الطلب مع القدرة، فأشبه إذا قدر على الطلب بنفسه فترك، والثاني: وهو قول أبـي علي الطبري، أنه لا تسقط؛ لأن التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم، وفيه ضرر، وإن كان بغير عوض احتاج إلى التزام مِنَّة[1]، وفي تحملها مشقة، وذلك عذر، فلم تسقط به الشفعة، ومن أصحابنا من قال: إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته؛ لأنه ترك الطلب من غير ضرر، فإن لم يجد من يتطوع لم تسقط؛ لأنه ترك للضرر[2].

وإن عجز عن التوكيل، وقدر على الإشهاد فلم يشهد، ففيه قولان، أحدهما: تسقط شفعته؛ لأن الترك قد يكون للزهد[3]، وقد يكون للعجز، وقد قدر على أن يبين ذلك بالشهادة، فإذا لم يفعل سقطت شفعته، والثاني: لا تسقط؛ لأن عذره في الترك ظاهر، فلم يحتج معه إلى الشهادة[4].

فـصــل [التأخير لعدم التصديق]:

وإن قال: أخرت الطلب؛ لأني لم أصدق، فإن كان قد أخبره عدلان سقطت شفعته؛ لأنه أخبره من يثبت بقوله الحقوق[5].

وإن أخبره حر، أو عبد، أو امرأة، ففيه وجهان، أحدهما: لا تسقط؛ لأنه ليس ببينة، والثاني: تسقط؛ لأنه أخبره من يجب تصديقه في الخبر، وهذا من باب

---

(١) احتاج إلى التزام مِنَّة: أي صنيعة يتحملها له فيمن بها عليه، والمنُّ: تعداد المعطي على المعطى عطاءه. (النظم ١/ ٣٨٠)، وفي الأصل: منه.

(٢) القول الأول هو الراجح، فإن قدر على التوكيل ولم يوكل بطل حقه في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٧، ٣٠٨).

(٣) الزهد: خلاف الرغبة، يقال: زهِد فيه بالكسر يزهد زهداً وزهادة إذا لم يرغب فيه، ومنه سمي الزاهد لأنه لم يرغب إلى الدنيا. (النظم ١/ ٣٨٠).

(٤) القول الأول هو الراجح، فإن قدر على الإشهاد وترك بطل حقه في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٨).

(٥) انظر: الروضة ٥/ ١٠٩.

الإخبار فوجب تصديقهم فيه[1].

فـصـل [التغرير بالثمن]:

فإن قال المشتري: اشتريت بمائة، فعفا الشفيع، ثم بان أنه اشترى بخمسين، فهو على شفعته؛ لأنه عفا عن الشفعة لعذر وهو أنه لا يرضاه بمائة، أو ليس معه مائة[2].

وإن قال: اشتريت بخمسين، فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بمائة، لم يكن له أن يطالب؛ لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة[3].

وإن قال: اشتريت نصفه بمائة، فعفا، ثم بان أنه قد اشترى جميعه بمائة، فهو على شفعته، لأنه لم يرض بترك الجميع.

وإن قال: اشتريت الشقص بمائة، فعفا ثم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة، لم يكن له أن يطالب بالشفعة؛ لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة.

وإن قال: اشتريت بأحد النقدين، فعفا، ثم بان أنه كان قد اشتراه بالنقد الآخر، فهو على شفعته؛ لأنه يجوز أن يكون عفا لإعواز أحد النقدين عنده، أو لحاجته إليه.

وإن قال: اشتريت الشقص، فعفا ثم بان أنه كان وكيلاً فيه، وإنما المشتري غيره فهو على شفعته؛ لأنه قد يرضى مشاركة الوكيل، ولا يرضى مشاركة الموكل.

فـصـل [بيع الشفيع حصته]:

وإن وجبت له الشفعة، فباع حصته، فإن كان بعد العلم بالشفعة سقطت

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويبطل حقه على الأصح. (الروضة ٥/١٠٩).

(٢) انظر: الروضة ٥/١٠٩.

(٣) انظر: الروضة ٥/١٠٩.

شفعته؛ لأنه ليس له ملك يستحق به، وإن باع قبل العلم بالشفعة، ففيه وجهان، أحدهما: تسقط؛ لأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه، والثاني: لا تسقط؛ لأنه وجبت له الشفعة، والشركة موجودة، فلا تسقط بالبيع بعده[1].

فصل [لا يأخذ البعض]:

ومن وجبت له الشفعة في شقص، لم يجز أن يأخذ البعض، ويعفو عن البعض؛ لأن في ذلك إضراراً بالمشتري في تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر.

فإن أخذ البعض، وترك البعض، سقطت شفعته؛ لأنه لا يتبعض، فإذا عفا عن البعض سقط الجميع كالقصاص.

وإن اشترى شقصين من أرضين في عقد واحد، فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز، وهو الأظهر، لما فيه من الإضرار بالمشتري في تفريق الصفقة عليه، والثاني: يجوز؛ لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر، وربما كان الضرر في أحدهما دون الآخر[2]. فإن كان البائع أو المشتري اثنين، جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر، كما لو اشتراه في عقدين متفرقين.

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، وتبطل شفعة الشفيع إذا باع نصيبه جاهلاً بالشفعة على الأصح. (الروضة ٥/ ١١١).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، لأنه ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري. (الروضة ٥/ ١٠٦)، وقال الشربيني: «ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة جاز أخذ أحدهما ولو اتحد فيه الشفيع لأنه لا يفضي إلى تبعيض الشيء الواحد». (مغني المحتاج ٢/ ٣٠٦، ٣٠٧).

فصل [الشفعاء في شقص]:

وإن كان للشقص شفعاء، نظرتَ: فإن حضروا وطلبوا أخذوا، فإن كانت حصة بعضهم أكثر، ففيه قولان، أحدهما: أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرؤوس، وهو قول المزني: لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع، فإذا اجتمعوا تساووا، كما لو تساووا في الملك، والثاني: أنه يقسم بينهم على قدر الأنصباء، لأنه حق يستحق بسبب الملك، فيقسط عند الاشتراك على قدر الأملاك، كأجرة الدكان، وثمرة البستان[1].

وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقون جميعه؛ لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري، فإن جعل بعضهم حصته لبعض الشركاء لم يصح، بل يكون لجميعهم؛ لأن ذلك عفو، وليس بهبة[2].

وإن حضر بعضهم أخذ جميعه، فإن حضر آخر قاسمه، وإن حضر الثالث قاسمهما؛ لأنا بينا أنه لا يجوز التبعيض.

فإن أخذ الحاضر الشقص، وزاد في يده، بأن كان نخلاً فأثمرت، ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار؛ لأن الثمار حديث في ملك الحاضر، فاختص بها.

وإن قال الحاضر: أنا آخذ بقدر مالي لم يجز، وهل تسقط شفعته؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنها تسقط؛ لأنه قدر على أخذ الجميع، وقد تركه، والثاني: وهو قول أبي إسحاق أنها لا تسقط؛ لأنه تركه بعذر، وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه، والترك للعذر لا يسقط الشفعة، كما قلنا فيمن أظهر له المشتري ثمناً كثيراً فترك، ثم بان

---

(١) القول الثاني هو الراجح، ويستحق الشفعاء الشفعة على قدر الحصص. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٥).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٦، الروضة ٥/ ١٠٢.

بخلافه[١].

فصل [المشتري شريك]:

وإن كان المشتري شريكاً؛ بأن كان بين ثلاثة دار، فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه، لم يكن للشريك الثاني أن يأخذ الجميع؛ لأن المشتري أحد الشريكين فلم يجز للآخر أن يأخذ الجميع، كما لو كان المشتري أجنبياً، وقال أبو العباس: للشريك أن يأخذ الجميع؛ لأنا لو قلنا: إنه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشتري بالشفعة، والإنسان لا يأخذ بالشفعة من نفسه، والمذهب الأول؛ لأن المشتري لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع ويبقى الباقي على ملكه.

فصل [الشفعة فيما ورثه الورثة]:

وإن ورث رجلان من أبيهما داراً، ثم مات أحدهما، وخلف ابنين، ثم باع أحد هذين الابنين حصته، ففي الشفعة قولان، أحدهما: أن الشفعة بين الأخ والعم، وهو الصحيح؛ لأنهما شريكان للمشتري فاشتركا في الشفعة، كما لو ملكاه بسبب واحد[٢]، والثاني: أنها للأخ دون العم، لأن الأخ أقرب إليه في الشركة؛ لأنهما ملكاه بسبب واحد، والعم ملك بسبب قبلهما، فعلى هذا إن عفا الأخ عن حقه فهل يستحق العم؟ فيه وجهان، أحدهما: يستحق به لأنه شريك، وإنما قدم الأخ عليه؛ لأنه أقرب في الشركة، فإذا ترك الأخ ثبت للعم، كما نقول فيمن قتل رجلين، أنه يقتل بالأول؛ لأن حقه أسبق، فإذا عفا ولي الأول قتل بالثاني، والوجه الثاني: أنه لا يستحق؛ لأنه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب، فلم يستحق بعده[٣].

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ولا تسقط شفعة الحاضر، لأن الأصح أن له تأخير الأخذ إلى قدوم الغائب. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٠٦).

(٢) وهذا هو القول الأظهر. (الروضة ٥/ ١٠٠).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، قال النووي عنه: «ينبغي أن يكون أصح». (الروضة ٥/ ١٠٠).

وإن كان بين ثلاثة أنفس دار، فباع أحدهم نصيبه من رجلين، وعفا شريكاه عن الشفعة، ثم باع أحد المشتريين نصيبه، فعلى القولين أحدهما: أن الشفعة للمشتري الآخر؛ لأنهما ملكاه بسبب واحد، والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشتريين، والثاني: أنها بين الجميع؛ لأن الجميع شركاء في الملك في حال وجوب الشفعة[١].

وإن مات رجل عن دار، وخلف ابنتين وأختين، ثم باعت إحدى الأختين نصيبها، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: هي على القولين، أحدهما: أن الشفعة للأخت؛ لأنها ملكت مع الأخت بسبب واحد، وملك البنات بسبب آخر، والثاني: أن الشفعة بين البنات والأخت؛ لأن الجميع شركاء في الملك، ومنهم من قال: إن الشفعة بين البنات والأخت قولاً واحداً؛ لأن الجميع ملكن الشقص في وقت واحد، لم يسبق بعضهن بعضاً[٢].

فصل [تصرف المشتري بالشقص]:

وإن تصرف المشتري في الشقص، ثم حضر الشفيع، نظرتَ: فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة، كالوقف، والهبة، والرهن، والإجارة، فللشفيع أن يفسخ ويأخذ؛ لأن حقه سابق للتصرف، ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ، فملك الفسخ[٣].

وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع، والصداق، فهو بالخيار بين أن يفسخ، ويأخذ بالعقد الأول، وبين أن يأخذ بالعقد الثاني؛ لأنه شفيع بالعقدين، فجاز أن يأخذ بما شاء منهما[٤].

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، والأظهر أن الشفعة للجميع. (الروضة ٥/ ١٠٠، ١٠١).

(٢) الطريق الثاني هو المذهب، والقطع بالاشتراك. (الروضة ٥/١٠١).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٣، الروضة ٥/ ٩٦.

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٤، الروضة ٥/ ٩٦.

وإن قايل البائع أو ردَّه عليه بعيب، فللشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب؛ ويأخذه؛ لأن حقه سابق، ولا يمكن الأخذ مع الإقالة والرد بالعيب، فملك الفسخ.

وإن تحالفا على الثمن، وفسخ العقد، جاز للشفيع، أن يأخذ بالثمن الذي حلف عليه البائع؛ لأن البائع أقر للمشتري بالملك، وللشفيع بالشفعة بالثمن الذي حلف عليه، فإذا بطل حق المشتري بالتحالف، بقي حق الشفيع.

وإن اشترى شقصاً بعبد، ووجد البائع بالعبد عيباً، ورده قبل أن يأخذ الشفيع، ففيه وجهان، أحدهما: يقدم الشفيعُ؛ لأن حقه سابق، لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد، والثاني: أن البائع أولى؛ لأن في تقديم الشفيع إضراراً بالبائع في إسقاط حقه من الرد، والضرر لا يزال بالضرر[1].

وإن أصدق امرأته شقصاً، وطلقها قبل الدخول، وقبل أن يأخذ الشفيع، ففيه وجهان، أحدهما: يقدم الزوج على الشفيع؛ لأن حق الزوج أقوى؛ لأنه ثبت بنص الكتاب، وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد[2]، فقدم حق الزوج، والثاني: يقدم الشفيع؛ لأن حقه سابق، لأنه ثبت بالعقد، وحق الزوج، ثبت بالطلاق[3].

فصل [حضور الشفيع الغائب]:

وإن اشترى شقصاً، وكان الشفيع غائباً، فقاسم وكيله في القسمة، أو رفع الأمر إلى الحاكم، فقاسمه، وغرس، وبنى، ثم حضر الشفيع، أو أظهر له ثمناً كثيراً، فقاسمه، ثم غرس وبنى، ثم بان خلافه، وأراد الأخذ، فإن اختار المشتري

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ويقدم الشفيع، لأن حقه سابق. (الروضة ٥/ ٧٥، ٧٦).

(٢) خبر الواحد: هو الذي يرويه أحد لا يتابع عليه، وعند أهل الأصول: هو ما لم يقع العلم به، وإن رواه العدد الكثير، وهو ضد المتواتر (النظم ١/ ٣٨٢).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، ويقدم حق الشفيع، لأن حقه أسبق والذي ثبت بالعقد، وفيه وجه ثالث. (الروضة ٥/ ٧٦).

قلع الغراس والبناء لم يمنع؛ لأنه ملكه فملك نقله، ولا تلزمه تسوية الأرض؛ لأنه غير متعد، وإن لم يختر القلع، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن، والغراس والبناء بالقيمة، وبين أن يقلع الغراس والبناء، ويضمن ما بين قيمته، قائماً ومقلوعاً؛ لأن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا إضرار»[1] ولا يزول الضرر عنهما إلاّ بذلك[2].

فصل [الزيادة في المبيع]:

وإن اشترى شقصاً وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع، نظرتَ: فإن كانت زيادته لا تتميز، كالفسيل إذا طال وامتلأ[3]، فإن الشفيع يأخذه مع زيادته؛ لأن ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك، كما يتبعه في الرد بالعيب، وإن كانت متميزة كالثمرة، فإن كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق؛ لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل، كما قلنا في الرد بالعيب، وإن كانت غير ظاهرة، ففيها قولان، قال في «القديم» تتبع الأصل كما تتبع في البيع، وقال في «الجديد»: لا تتبعه؛ لأنه استحقاق بغير تراض، فلا يؤخذ به إلاّ ما دخل بالعقد، ويخالف البيع؛ لأنه استحقاق عن تراض، يقدر فيه على الاستثناء، فإذا لم يستثن تبع الأصل.

فصل [ملك الشفعة بلا حكم]:

إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم؛ لأن الشفعة ثابتة بالنص والإجماع، فلم تفتقر إلى الحاكم، كالرد بالعيب[4]، فإن كان الشقص في يد المشتري أخذه منه، وإن كان في يد البائع ففيه وجهان، أحدهما:

---

(١) هذا الحديث سبق بيانه صفحة ٢١٦ هـ ٢.

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٩٤.

(٣) الفسيل: صغار النخل، وامتلأ معناه غلظ وجل، والثمرة الظاهرة كالطلع المؤبر وما شاكله. (النظم ١/ ٣٨٢).

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٠، الروضة ٥/ ٨٣.

يجوز أن يأخذ منه؛ لأنه استحق، فملك الأخذ كما لو كان في يد المشتري، والثاني: لا يجوز أن يأخذ منه، بل يجبر المشتري على القبض، ثم يأخذه منه؛ لأن الأخذ من البائع يؤدي إلى إسقاط الشفعة؛ لأنه يفوت به التسليم، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد، فإذا بطل العقد سقطت الشفعة، وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط[١].

فصـل [ملك الشفعة بالأخذ]:

ويملك الشفيع الشقص بالأخذ؛ لأنه تملك بالقهر، فوقع الملك فيه بالأخذ، كتملك المباحات، ولا يثبت فيه خيار الشرط؛ لأن الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار، والشقص يؤخذ بالإجبار، فلم يصح فيه شرط الخيار، وهل يثبت له خيار المجلس؟ فيه وجهان، أحدهما: يثبت؛ لأنه تملك مال بالثمن، فثبت فيه خيار المجلس كالبيع، والثاني: لا يثبت؛ لأنه إزالة ملك لدفع الضرر، فلم يثبت فيه خيار المجلس، كالرد بالعيب[٢].

فصـل [العيب في الشقص]:

وإن وجد بالشقص عيباً، فله أن يرده؛ لأنه ملكه بالثمن، فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع، وإن خرج مستحقاً رجع بالعهدة على المشتري، لأنه أخذ منه على أنه ملكه، فرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه[٣].

فصـل [انتقال الشفعة للورثة]:

وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته؛ لأنه قبض استحقه بعقد البيع، فانتقل إلى الورثة، كقبض المشتري في البيع، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فوُرِّث كالرد بالعيب.

---

(١) يبدو ترجيح الوجه الأول، لأن القبض فرع عن ثبوت الحق، وقد ثبتت الشفعة.

(٢) يثبت خيار المجلس للشفيع على الأصح المنصوص، وقال النووي: «قلت: الذي صححه الأكثرون أنه لا خيار للشفيع» وذكر بعض من صححه. (الروضة ٥/ ٨٥).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ٩١.

وإن كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه، سقط حقه، وهل يسقط حق الآخر؟ فيه وجهان، أحدهما: يسقط؛ لأنها شفعة واحدة فإذا عفي عن بعضها سقط الباقي، كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص، والثاني: لا يسقط؛ لأنه عفا عن حقه، فلم يسقط حق غيره، كما لو عفا أحد الشفيعين[1].

فصل [اختلاف الشريكين]:

إذا اختلف الشريكان في الدار، فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه، فله أخذه بالشفعة، وقال الآخر: بل ورثته، أو أوهبته، فلا شفعة لك، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه استحقاق ملكه بالشفعة، فكان القول قوله، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة، فإن نكل عن اليمين[2]، حلف المدعي وأخذ بالشفعة، وفي الثمن ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يقال للمدعى عليه قد أقر لك بالثمن، وهو مصدق في ذلك، فإما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذي لك عليه، كما قلنا في المكاتب إذا حمل نجماً إلى المولى، فادعى المولى أنه مغصوب، والثاني: أنه يترك الثمن في يد المدعي؛ لأنه قد أقر لمن لا يدعيه، فأقر في يده، كما لو أقر بدار لرجل، وكذَّبه المقر له، والثالث: يأخذه الحاكم، ويحفظه إلى أن يدعيه صاحبه؛ لأنهما اتفقا على أنهما لا يستحقان ذلك[3].

فصل [ادعاء البيع من الشريك]:

وإن ادعى كل واحد منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعده، وأنه يستحق

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، فإذا عفا أحدهما أخذ الآخر الجميع في الأصح. (الروضة ٥/١٠٣).

(٢) نكل عن اليمين: أي جبن وخاف. (النظم ١/ ٣٨٣).

(٣) ذكر النووي هذه المسألة، وأن فيها وجهين سبقا في دعوى عيب البيع. . . ، ثم قال: «وفي الثمن الأوجه السابقة». (الروضة ٥/٩٩)، وذكر في الثمن ثلاثة أوجه مذكورة في باب الإقرار. (الروضة ٥/٩٨)، وسبق له بيان كتاب الإقرار، باب الإقرار بالمجمل. (الروضة ٤/ ٣٧١).

عليه ذلك بالشفعة، فالقول قول كل واحد منهما، لما ذكرناه، فإن سبق أحدهما فادعى، وحلف المدعى عليه، استقر ملكه، ثم يدعى الحالف على الآخر، فإن حلف استقر أيضاً ملكه، وإن نكل الأول ردت اليمين على المدعي، فإذا حلف استحق، وإن أراد الناكل أن يدعي على الآخر، بعد ذلك لم تسمع دعواه؛ لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة.

فصل [الاختلاف في مقدار الثمن]:

وإن اختلفا في الثمن، فقال المشتري: الثمن ألف، وقال الشفيع: هو خمسمائة، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه هو العاقد، فكان أعرف بالثمن، ولأنه مالك للشقص، فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة[1].

فصل [إنكار المشتري قدر الثمن]:

وإن ادعى الشفيع أن الثمن ألف، وقال المشتري: لا أعلم قدره، فالقول قول المشتري؛ لأن ما يدعيه ممكن، فإنه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف[2]، ويجوز أن يكون قد علم الثمن ثم نسي، فإذا حلف لم يستحق الشفعة؛ لأنه لا يستحق من غير بدل، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه.

وقال أبو العباس: يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلاً، فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق، كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفاً، فقال المدعى عليه لا أعلم القدر، والمذهب الأول؛ لأن ما يدعيه ممكن، فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسي، ويخالف إذا ادعى عليه ألفاً، فقال: لا أعرف القدر لأن هناك لم يجب عن الدعوى، وههنا أجاب عن استحقاق الشفعة، وإنما ادعى الجهل بالثمن[3].

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٩٧.

(٢) الثمن الجزاف غير معدود ولا موزون. (النظم ١/ ٣٨٣).

(٣) قال النووي: «فالأصح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب أنه يقنع منه (من المشتري) =

فصل [عدم علم المشتري بالثمن]:

وإن قال المشتري: الثمن ألف، وقال الشفيع: لا أعلم هل هو ألف أو أقل، فهل له أن يحلف المشتري؟ فيه وجهان، أحدهما: ليس له أن يحلفه حتى يعلم؛ لأن اليمين لا يجب بالشك، والثاني: له أن يحلفه؛ لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى[1].

وإن قال المشتري: الثمن ألف، وقال الشفيع: لا أعلم كم هو؟ ولكنه دون الألف، فالقول قول المشتري، فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن؛ لأنه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم.

فصل [الشراء بعَرْض]:

وإن اشترى الشقص بعَرْض[2]، وتلف العرض، واختلفا في قيمته، فالقول قول المشتري؛ لأن الشقص ملك له، فلا ينتزع بقول المدعي.

فصل [ادعاء البائع زيادة الثمن]:

وإن أقر المشتري أنه اشترى الشقص بألف، وأخذ الشفيع بألف، ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين، وصدقه المشتري لم يلزم الشفيع أكثر من الألف؛ لأن المشتري أقر بأنه يستحق الشفعة بألف، فلا يقبل رجوعه في حقه، فإن كذبه المشتري فأقام عليه بينة، أن الثمن ألفان، لزم المشتري الألفان، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الألف؛ لأنه كذب البينة بإقراره السابق[3].

= بذلك، ويحلف عليه، وقال (أبو العباس) ابن سريج: لا يقنع منه ولا يحلف». (الروضة ٥/ ٩٢).

(١) الوجه الأول هو الراجح، ولا تسمع دعوى الشفيع في الأصح حتى يعين قدراً، فيحلف المشتري حينئذ أنه لا يعرف. (الروضة ٥/ ٩٢).

(٢) العَرْض: بتسكين الراء هو ضد الفقد، وهو ما عدا الذهب والفضة المسكوكة. (النظم ١/ ٣٨٣).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ٩٧.

فصل [الشفعة على غائب]:

فإن كان بين رجلين دار، وغاب أحدهما، وترك نصيبه في يد رجل، فادعى الشريك على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه، وأنه استحق أخذه بالشفعة، فأقر به، فهل يلزمه تسليمه إليه بالشفعة؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يسلمه؛ لأنه أقر بالملك للغائب، ثم ادعى انتقاله بالشراء، فلم يقبل قوله، والثاني: يسلم إليه؛ لأنه في يده، فقبل قوله فيه.

فصل [الإقرار بالبيع بدون قبض الثمن]:

وإن أقر أحد الشريكين في الدار أنه باع نصيبه من رجل ولم يقبض الثمن، وصدقه الشريك، وأنكر الرجل، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا تثبت الشفعة للشريك؛ لأن الشفعة تثبت بالشراء، ولم يثبت الشراء فلم تثبت الشفعة للشريك، وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة، وهو جواب المزني فيما أجاب فيه على قول الشافعي رحمه الله، لأنه أقر للشفيع بالشفعة وللمشتري بالملك، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر، كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما، وصدقه الآخر.

وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشتري؟ فيه وجهان، أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع، فلا حاجة به إلى خصومة المشتري، والثاني: له أن يخاصمه لأنه قد يكون المشتري أسهل في المعاملة من الشفيع، فإن قلنا: لا يخاصم المشتري أخذ الشفيع الشقص من البائع وعهدته عليه(١)، لأنه منه أخذ وإليه دفع الثمن، وإن قلنا: يخاصمه، فإن حلف أخذ الشفيع الشقص، من البائع، ورجع بالعهدة عليه.

وإن نكل، فحلف البائع، سلم الشقص إلى المشتري، وأخذ الشفيع الشقص

---

(١) عهدته عليه: أي تبعته وما يلحق المشتري من استحقاق العين والشفعة وإصلاحه وتصحيحه عليه، والعهد ضمان عيب كان معهوداً عند البائع. (النظم ١/ ٣٨٤).

من المشتري، ورجع بالعهدة عليه؛ لأنه منه أخذ وإليه دفع الثمن.

وإن أقر البائع بالبيع، وقبض الثمن، وأنكر المشتري، فمن قال: لا شفعة إذا لم يقر بقبض الثمن، لم تثبت الشفعة إذا أقر بقبضه، ومن قال: تثبت الشفعة إذا لم يقر بقبض الثمن، اختلفوا إذا أقر بقبضه، فمنهم من قال: لا تثبت؛ لأنه يأخذ الشقص من غير عوض، وهذا لا يجوز، ومنهم من قال: تثبت؛ لأن البائع أقر له بحق الشفعة[1]، وفي الثمن الأوجه الثلاثة التي ذكرناها، فيمن ادعى الشفعة على شريكه، وحلف بعد نكول الشريك، والله أعلم.

• • •

(١) الوجه الثاني هو الأصح، وتثبت الشفعة. (الروضة ٥/ ٩٩).

كتاب القراض

القراض[1] جائز؛ لما روى زيد بن أسلم، عن أبيه، أن عبد الله، وعبيد الله، ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم، خرجا في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، فرحَّب بهما وسهل[2]، وقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به، لفعلت، ثم قال: بلى ههنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكما فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه في المدينة وتوفران رأس المال[3] إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما ربحه، فقالا:

---

(١) القراض: مشتق من القرض، وهو القطع، كأنه يقطع له قطعة من ماله، أو قطعة من الربح، وقيل: اشتقاقه من المساواة، يقال: تقارض الشاعران إذا ساوى كل واحد منهما صاحبه في المدح. (النظم ١/ ٣٨٤).
والقراض: لغة أهل الحجاز، وتسمى مضاربة، مأخوذة من الضرب في الأرض. (المجموع ١٤/ ١٩٠، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٩).

(٢) فرحّب بهما وسهّل: أي قال لهما مرحباً وسهلاً، والرحب: السعة، والسهل: ضد الوعر، أي أتيتما رحباً وسهلاً، أي وصادفتما سعة وسهولة من أمركما، وكذلك قولهم: أهلاً وسهلاً، أي أتيت أهلاً، فاستأنس ولا تستوحش، وقد رحب به ترحيباً إذا قال له: مرحباً. (النظم ١/ ٣٨٤).

(٣) الوفر: المال الكثير، والموفور: النامي، والتوفير: التكثير، والمعنى تردان رأس المال تاماً لا ينقص منه شيء، ومنه وفّر عرضه إذا لم ينقص منه شيء. (النظم ١/ ٣٨٤).

وَدِدْنَا، ففعل، فكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال، فلما قدما وباعا، وربحا فقال عمر: أكل الجيش، قد أُسلف كما أسلفكما، فقالا: لا؛ فقال عمر: ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما أديا المال، وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: يا أمير المؤمنين، لو هلك المال ضمناه، فقال أدياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين: لو جعلته قراضاً فأخذ رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال[1]؛ ولأن الأثمان لا يتوصل إلى نمائها[2] المقصود إلاَّ بالعمل، فجاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها، كالنخل في المساقاة.

فصل [ألفاظ انعقاد القراض]:

وينعقد بلفظ القراض؛ لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل الحجاز، وبلفظ المضاربة[3]؛ لأنه موضوع له في لغة أهل العراق، وبما يؤدي معناه؛ لأن المقصود

---

(١) أثر زيد بن أسلم عن عمر رضي الله عنهما رواه مالك (الموطأ ص ٤٢٦ أول كتاب القراض)، والشافعي (بدائع المنن ٢/ ١٩٥)، والبيهقي (٦/ ١١٠)، والدارقطني ٣/ ٦٣).
قال ابن حجر: «وإسناده صحيح». (التلخيص الحبير ٣/ ٥٧).
والرجل الذي قال لعمر ذلك قيل إنه عبد الرحمن بن عوف، وكان المال مائة ألف درهم. (انظر: التلخيص الحبير ٣/ ٥٨).
وانظر أدلة مشروعية القراض في (المجموع ١٤/ ١٩١ وما بعدها، مغني المحتاج ٢/ ٣٠٩).

(٢) النماء: الزيادة. (النظم ١/ ٣٨٤).

(٣) المضاربة: هو من قولهم: ضرب في الأرض إذا سار فيها يبتغي الرزق، قال الله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض، يبتغون من فضل الله﴾ [المزمل: ٢٠]، وقوله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض﴾ [النساء: ١٠١]، فكأن العامل يسير ويبطش في طلب الربح، وقيل: اشتقاقها من الضرب بالمال والتقليب، ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد بالربح بسهم، والمضارِب بكسر الراء هو العامل، لأنه هو الذي يتصرف بالمال ويقلبه. (النظم ١/ ٣٨٥).

هو المعنى، فجاز بما يدل عليه، كالبيع بلفظ التمليك[1].

فصل [القراض على الأثمان]:

ولا يصح إلاَّ على الأثمان، وهي الدراهم، والدنانير، فأما ما سواهما من العُرُوض والنقار والسبائك والفلوس، فلا يصح القراض عليها[2]؛ لأن المقصود بالقراض ردُّ رأس المال والاشتراك في الربح، ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود؛ لأنه ربما زادت قيمته، فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله إن كان له مثل، وفي رد قيمته إن لم يكن له مثل، وفي هذا إضرار بالعامل، وربما نقصت قيمته، فيصرف جزءاً يسيراً من الكسب في رد مثله، أو رد قيمته، ثم يشارك رب المال في الباقي، وفي هذا إضرار برب المال؛ لأن العامل يشاركه في أكثر رأس المال، وهذا لا يوجد في الأثمان؛ لأنها لا تقوم بغيرها، ولا يجوز على المغشوش من الأثمان؛ لأنه تزيد قيمته، وتنقص كالعروض.

فصل [المال معلوم الصفة والقدر]:

ولا يجوز إلاَّ على مال معلوم الصفة والقدر، فإن قارضه على دراهم جزاف، لم يصح: لأن مقتضى القِراض ردُّ رأس المال، وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره، فإن دفع إليه كيسين، في كل واحد منهما ألف درهم، فقال: قارضتك على أحدهما، وأودعتك الآخر، ففيه وجهان، أحدهما: يصح؛ لأنهما متساويان، والثاني: لا يصح لأنه لم يبين مال القراض من مال الوديعة[3].

وإن قارضه على ألف درهم هي له عنده وديعة، جاز؛ لأنه معلوم، وإن

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ١٢٤.

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٠، الروضة ٥/ ١١٧.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يصح القراض على إحدى الصرتين. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٠).

قارضه على ألف درهم هي له عنده مغصوبة، ففيه وجهان، أحدهما: يصح كالوديعة، والثاني: لا يصح؛ لأنه مقبوض عنده، قبض ضمان، فلا يصير مقبوضاً أمانة[1].

فـصـل [الربح قدر معلوم]:

ولا يجوز إلاّ على جزء من الربح معلوم، فإن قارضه على جزء مبهم، لم يصح؛ لأن الجزء يقع على الدرهم والألف، فيعظم الضرر[2].

وإن قارضه على جزء مقدر كالنصف والثلث، جاز؛ لأن القراض كالمساقاة، وقد «ساقى رسول الله ﷺ أهلَ خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع»[3]، وإن قارضه على درهم معلوم لم يصح؛ لأنه قد لا يربح ذلك الدرهم فيستضر العامل، وقد لا يربح إلاّ ذلك الدرهم، فيستضر رب المال.

وإن قال: قارضتك على أن الربح بيننا، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح، لأنه مجهول؛ لأن هذا القول يقع على التساوي وعلى التفاضل، والثاني: يصح؛ لأنه سوى بينهما، في الإضافة، فحمل على التساوي كما لو قال: هذه الدار لزيد وعمرو[4].

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ويصح القراض على المال المغصوب كالوديعة. (مغني المحتاج ٢/ ٣١٠، الروضة ٥/ ١١٨).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٣.

(٣) هذا الحديث أخرجه البخاري عن ابن عمر بروايات كثيرة (٢/ ٧٩٨ كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً، ٢/ ٨٢٠ كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، ٢/ ٨٢١ كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة مع اليهود)، ومسلم (١٠/ ٢٠٨ كتاب المساقاة، أول باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع)، ورواه بقية الجماعة (المجموع ١٤/ ١٩٨، سنن البيهقي ٦/ ١١٣ وما بعدها، التلخيص الحبير ٣/ ٥٩).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ويصح القراض إذا قال له: الربح بيننا على الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٣، الروضة ٥/ ١٢٣).

وإن قال: قارضتك على أن لي نصف الربح، ففيه وجهان، أحدهما: يصح ويكون الربح بينهما، نصفين، لأن الربح بينهما، فإذا شرط لنفسه النصف، دل على أن الباقي للعامل، والثاني: لا يصح، وهو الصحيح، لأن الربح كله لرب المال بالملك، وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ، ولم يشرط له شيئاً فبطل[1].

وإن قال قارضتك على أن لك النصف، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه لم يبين ما لرب المال، والثاني: يصح، وهو الصحيح، لأن ما لرب المال لا يحتاج إلى شرط، لأنه يملكه بملك المال وإنما يحتاج إلى شرط ما للعامل، فإذا شرط للعامل النصف بقي الباقي على ملك رب المال[2]، فعلى هذا لو قال: قارضتك على أن لك النصف، ولي الثلث، وسكت عن السدس، صح، ويكون النصف له؛ لأن الجميع له إلاّ ما شرطه للعامل، وقد شرط له النصف، فكان الباقي له[3].

فصل [الربح مشترك]:

وإن قال: قارضتك على أن الربح كله لي أو كله لك، بطل القراض؛ لأن موضوعه على الاشتراك في الربح، فإذا شرط الربح لأحدهما فقد شرط ما ينافي مقتضاه، فبطل[4].

وإن دفع إليه ألفاً، وقال: تصرف فيه، والربح، كله لك، فهو قرض لا حق لرب المال في ربحه، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض، وقد قرن به حكم

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويفسد القراض في الأصح إذا قال: لي النصف. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٣، الروضة ٥/ ١٢٤).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويصح الرهن على الصحيح إذا قال: لك النصف. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٣، الروضة ٥/ ١٢٤).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ١٢٤.

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٢.

القرض ، فانعقد القرض به، كلفظ التمليك لما كان مشتركاً بين البيع والهبة إذا قرن به الثمن كان بيعاً.

وإن قال: تصرف فيه، والربح كله لي، فهو بضاعة[1] لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة، وقد قرن به حكم البضاعة، فكان بضاعة كما قلنا في لفظ التمليك[2].

فصل [الاختصاص بدراهم يفسد]:

ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما[3]، لأنه ربما لم يحصل ذلك الدرهم، فيبطل حقه، وربما لم يحصل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر، ولا يجوز أن يخص أحدهما بربح ما في الكيسين؛ لأنه قد لا يربح في ذلك، فيبطل حقه، أو لا يربح إلاّ فيه، فيبطل حق الآخر، ولا يجوز أن يجعل حق أحدهما في عبد يشتريه، فإن شرط أنه إذا اشترى عبداً أخذه برأس المال، أو أخذه العامل بحقه، لم يصح العقد؛ لأنه قد لا يكون في المال ما فيه ربح غير العبد، فيبطل حق الآخر.

فصل [عدم تعليق القراض على شرط]:

ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل؛ لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع والإجارة.

فصل [الاشتراط إلى مدة]:

قال الشافعي رحمه الله: ولا تجوز الشريطة إلى مدة، فمن أصحابنا من قال:

---

(١) البضاعة: هي قطعة من مالك تبعث به للتجارة، يقال: أبضعه الشيء واستبضعه، فالبضاعة: هي المال المبعوث، والإبضاع: بعث المال مع من يتجر به متبرعاً. (النظم ١/ ٣٨٥، مغني المحتاج ٢/ ٣١٢).

(٢) هذا هو الأصح، وفيه وجه آخر. (الروضة ٥/ ١٢٣).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ١٢٣.

لا يجوز شرط المدة فيه؛ لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقاً، فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح[١]، ومنهم من قال: إن عقده إلى مدة على أن لا يبيع بعدها، لم يصح؛ لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح؛ فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يصح[٢]، وإن عقده إلى مدة على أن لا يشتري بعدها، صح؛ لأن رب المال يملك المنع من الشراء إذا شاء، فإذا شرط المنع منه، فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته[٣].

فصل [القراض على تجارة في جنس يعم]:

ولا يصح إلاَّ على التجارة في جنس يعم، كالثياب والطعام والفاكهة في وقتها، فإن عقده على ما لا يعم، كالياقوت الأحمر، والخيل البلق[٤]، وما أشبهها، أو على التجارة في سلعة بعينها، لم يصح؛ لأن المقصود بالقراض الربح؛ فإذا علق على ما لا يعم، أو على سلعة بعينها، تعذر المقصود؛ لأنه ربما لم يتفق ذلك.

ولا يجوز عقده على أن لا يشتري إلاَّ من رجل بعينه؛ لأنه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه، أو لا يبيع منه ما يربح فيه، فيبطل المقصود[٥].

فصل [عمل عامل القراض]:

وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه، من النشر، والطي،

---

(١) قال النووي: «ولا يشترط بيان مدة القراض». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٢)، وانظر: الروضة ٥/ ١٢١.

(٢) قال النووي: «فلو ذكر مدة ومنعه من التصرف بعدها فسد». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٢).

(٣) قال النووي: «وإن منعه من الشراء بعدها فلا (يفسد البيع) في الأصح». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٢).

(٤) الأبلق: من الخيل الذي فيه بياض وسواد، وفيه تحجيل بياض يديه ورجليه. (النظم ١/ ٣٨٦).

(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١١.

والإيجاب، والقبول، وقبض الثمن، ووزن ما خف، كالعود، والمسك؛ لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، والعرف في هذه الأشياء أن يتولاها بنفسه(١)، فإن استأجر من يفعل ذلك لزمه الأجرة في ماله.

فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه، كحمل المتاع، ووزن ما يثقل وزنه، فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه، وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه؛ لأن العرف في هذه الأشياء أن لا يتولاه بنفسه، فإن تولى ذلك بنفسه لم يستحق الأجرة؛ لأنه تبرع به.

وإن سُرق المال، أو غُصب فهل يخاصم السارق والغاصب؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يخاصم؛ لأن القراض معقود على التجارة، فلا تدخل فيه الخصومة، والثاني: أنه يخاصم فيه؛ لأن القراض يقتضي حفظ المال، والتجارة، ولا يتم ذلك إلاّ بالخصومة والمطالبة(٢).

فـصـل [العامل لا يقارض بمال القراض]:

ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال، لأن تصرفه بالإذن، ولم يأذن له رب المال في القراض، فلم يملكه(٣).

فإن قارضه رب المال على النصف، وقارض العامل آخر، واشترى الثاني في الذمة، ونقد الثمن من مال القراض، وربح، بنينا على القولين في الغاصب إذا اشترى في الذمة، ونقد فيه المال المغصوب، وربح، فإن قلنا بقوله «القديم» إن الربح لرب المال، فقد قال المزني ههنا: إن لرب المال نصف الربح، والنصف الآخر بين العاملين نصفين، واختلف أصحابنا في ذلك، فقال أبو إسحاق: هذا

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١١، الروضة ٥/ ١٣٤.

(٢) يبدو ترجيح الوجه الثاني، وأن العامل له المخاصمة والمطالبة، لأن القراض يحتاج إلى هذه الأعمال.

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٤، الروضة ٥/ ١٣٢.

صحيح؛ لأن رب المال رضي أن يأخذ نصف ربح، فلم يستحق أكثر منه، والنصف الثاني بين العاملين، لأنهما رضيا أن يكون ما رزق الله بينهما، والذي رزق الله تعالى هو النصف، فإن النصف الآخر أخذه رب المال، فصار كالمستهلك، ومن أصحابنا من قال: يرجع العامل الثاني على العامل الأول بنصف أجرة مثله؛ لأنه دخل على أن يأخذ نصف ربح المال، ولم يسلم له ذلك، وإن قلنا بقوله «الجديد»: فقد قال المزني: الربح كله للعامل الأول، وللعامل الثاني أجرة المثل، فمن أصحابنا من قال: هذا غلط؛ لأن على هذا القول الربح كله للعامل الثاني؛ لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب في غير القراض، ومنهم من قال: الربح للأول، كما قال المزني؛ لأن العامل الثاني لم يشتر لنفسه، وإنما اشتراه للأول، فكان الربح له بخلاف الغاصب في غير القراض، فإن ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له[١].

فصل [الاتجار بالمأذون]:

ولا يتجر العامل إلاَّ فيما أذن فيه رب المال، فإن أذن له في صنف لم يتجر في غيره؛ لأن تصرفه بالإذن فلم يملك ما لم يأذن له فيه.

فإن قال له: اتجر في البز، جاز أن يتجر في أصناف البز من المنسوج من القطن، والإِبرِيسَم[٢]، والكتان، وما يلبس من الأصواف؛ لأن اسم البز يقع على ذلك كله، ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش؛ لأنه لا يطلق عليه اسم البز، وهل يجوز أن يتجر في الأكسية البركانية[٣]؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه يلبس فأشبه الثياب، والثاني: لا يجوز؛ لأنه لا يطلق عليه اسم البز، ولهذا لا يقال

---

(١) القول الجديد هو الراجح، ويكون الربح للعامل الأول في الأصح، وعليه للثاني أجرته. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٤).

(٢) الإبريسم: هو الحرير، بكسر الهمزة والراء، ومفتوح السين، معرب، وفيه لغات، هذه أفصحها. (النظم ١/ ٣٨٦).

(٣) البركان: على وزن الزعفران ضرب من الأكسية. (النظم ١/ ٣٨٦).

لبائعه بزاز، وإنما يقال له كسائي[1].

ولو أذن له في التجارة في الطعام لم يجز أن يتجر في الدقيق، ولا في الشعير؛ لأن الطعام لا يطلق إلاَّ على الحنطة.

فـصـل [الشراء بمقدار رأس المال]:

ولا يشتري العامل بأكثر من رأس المال؛ لأن الإذن لم يتناول غير رأس المال[2]، فإن كان رأس المال ألفاً، فاشترى عبداً بألف، ثم اشترى آخر بألف، قبل أن ينقد الثمن في البيع الأول، فالأول للقراض؛ لأنه اشتراه بالإذن، وأما الثاني: فينظر فيه فإن اشتراه بعين الألف فالشراء باطل؛ لأنه اشتراه بمال استحق تسليمه في البيع الأول، فلم يصح، وإن اشتراه بألف في الذمة كان العبد له، ويلزمه الثمن في ماله؛ لأنه اشترى في الذمة لغيره ما لم يأذن فيه فوقع الشراء.

فـصـل [الاتجار على النظر]:

ولا يتجر إلاَّ على النظر والاحتياط، فلا يبيع بدون ثمن المثل، ولا بثمن مؤجل؛ لأنه وكيل فلا يتصرف إلاَّ على النظر والاحتياط.

وإن اشترى معيباً رأى شراءه جاز؛ لأن المقصود طلب الحظ، وقد يكون الربح في المعيب[3]، وإن اشترى شيئاً على أنه سليم، فوجده معيباً، جاز له الرد؛ لأنه فوض إليه النظر والاجتهاد، فملك الرد[4].

فـصـل [المقصود طلب الحظ]:

وإن اختلفا فدعا أحدهما إلى الرد، والآخر إلى الإمساك، فعل ما فيه النظر؛

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، فإن الإذن في البَزّ يتناول المنسوج من الإبريسم، ولكنه لا يشمل الأكسية، لأن بائعها لا يسمى بزازاً. (الروضة ٥/ ١٢١).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٦، الروضة ٥/ ١٢٨.

(٣) انظر: الروضة ٥/ ١٢٧.

(٤) انظر: الروضة ٥/ ١٢٧.

لأن المقصود طلب الحظ لهما؛ فإذا اختلفا حمل الأمر على ما فيه الحظ.

فـصـل [ما يلزم رب المال]:

وإن اشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه لم يلزم رب المال؛ لأن القصد بالقراض شراء ما يربح فيه، وذلك لا يوجد في شراء من يعتق عليه[١].

وإن كان رب المال امرأة، فاشترى العامل زوجها بغير إذنها، ففيه وجهان، أحدهما: لا يلزمها؛ لأن المقصود شراء ما تنتفع به، وشراء الزوج تستضر به؛ لأن النكاح ينفسخ، وتسقط نفقتها، واستمتاعها[٢]، والثاني: يلزمها؛ لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه، والزوج كغيره في الربح، فلزمها شراؤه[٣].

فـصـل [السفر بالمال]:

ولا يسافر بالمال من غير إذن رب المال[٤]؛ لأنه مأمور بالنظر والاحتياط، وليس في السفر احتياط؛ لأن فيه تغريراً بالمال[٥]، ولهذا يروى «أن المسافر ومتاعه لعلى قلت»[٦].

فإن أذن له في السفر، فقد قال في موضع: له أن ينفق من مال القراض، وقال في موضع آخر: لا نفقة له، فمن أصحابنا من قال: لا نفقة له قولاً واحداً؛

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ١٢٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٦.
(٢) المراد بالاستمتاع له هو النكاح. (النظم ١/ ٣٨٧).
(٣) الوجه الأول هو الراجح، ولا يصح الشراء على الأصح المنصوص. (الروضة ٥/ ١٢٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٧).
(٤) رب كل شيء: مالكه، مأخوذ من رب الصنعة إذا أصلحها وأتمها، ورب ولده بمعنى رباه. (النظم ١/ ٣٨٧).
(٥) انظر: الروضة ٥/ ١٣٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٧.
(٦) هذا الأثر مرّ صفحة ٢٧٥ هـ ٢، والقَلَت: بفتح القاف واللام هو الهلاك، وهذا الخبر من كلام بعض السلف. (انظر: كشف الخفا ١/ ٢٩٦).

لأن نفقته على نفسه، فلم تلزم من مال القراض كنفقة الإقامة، وتأول قوله على ما يحتاج إليه لنقل المتاع، وما يحتاج إليه مال القراض، ومنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: لا ينفق لما ذكرناه، والثاني: ينفق؛ لأن سفره لأجل المال، فكان نفقته منه كأجرة الحمال[1].

فإن قلنا: ينفق من مال القراض، ففي قدره وجهان، أحدهما: جميع ما يحتاج إليه؛ لأن من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته، والثاني: ما يزيد على نفقة الحضر؛ لأن النفقة إنما لزمته لأجل السفر، فلم يلزمه إلاَّ ما زاد بالسفر[2].

فـصـل [ملك الربح]:

وإن ظهر في المال ربح، ففيه قولان، أحدهما: أن الجميع لرب المال، فلا يملك العامل حصته من الربح إلاَّ بالقسمة؛ لأنه لو ملك حصته من الربح، لصار شريكاً لرب المال، حتى إذا هلك شيء كان هالكاً من المالين، فلما لم يجعل التالف من المالين، دل على أنه لم يملك منه شيئاً، والثاني: أن العامل يملك حصته من الربح؛ لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال[3].

فـصـل [طلب قسمة الربح]:

وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة، فامتنع الآخر، لم

---

(١) الطريق الثاني هو الراجح، وأن المسألة لها طريقان، والراجح أنه لا نفقة للعامل إن أذن له المالك بالسفر، قال النووي: «ولا ينفق منه على نفسه حضراً، وكذا سفراً في الأظهر». (المنهاج ٢/ ٣١٧).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، وينفق بالمعروف ما يزيد بسبب السفر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٧).

(٣) القول الأول هو الراجح، ولا يملك العامل حصته من الربح إلاَّ بالقسمة في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٨، الروضة ٥/ ١٣٦).

يجبر؛ لأنه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره؛ لأنه يقول الربح وقاية لرأس المال، فلا أعطيك حتى تسلم لي رأس المال، وإن كان الذي امتنع هو العامل، لم يجز إجباره؛ لأنه يقول: لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذه، وإن تقاسما جاز؛ لأن المنع لحقهما، وقد رضيا، فإن حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره بما أخذ؛ لأنه لا يستحق الربح إلاَّ بعد تسليمه رأس المال.

فصل [شراء العامل من يعتق عليه]:

وإن اشترى العامل من يعتق عليه، فإن لم يكن في المال ربح لزم الشراء في مال القراض؛ لأنه لا ضرر فيه على رب المال[1]، فإن ظهر بعدما اشتراه ربح، فإن قلنا: إنه لا يملك حصته قبل القسمة لم يعتق[2]، وإن قلنا: إنه يملك بالظهور، فهل يعتق بقدر حصته؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يعتق منه بقدر حصته؛ لأنه ملكه فعتق، والثاني: لا يعتق؛ لأن ملكه غير مستقر[3]؛ لأنه ربما تلف بعض المال، فلزمه جبرانه بماله.

وإن اشترى وفي المال ربح، فإن قلنا: إنه لا يعتق عليه صح الشراء؛ لأنه لا ضرر فيه على رب المال، وإن قلنا: يعتق لم يصح الشراء؛ لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه؛ وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه[4].

فصل [العامل أمين]:

والعامل أمين فيما في يده، فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن؛ لأنه نائب عن رب المال في التصرف، فلم يضمن من غير تفريط، كالمودَع.

---

(١) صح الشراء من مال القراض، ولا يعتق على العامل. (الروضة ٥/ ١٣٠).

(٢) وهذا هو القول الراجح، وأن العامل لا يملك حصته قبل القسمة كما سبق في هـ٣ ص ٤٨٤.

(٣) الوجه الأول هو الراجح، وأن العبد يعتق عليه بقدر حصته على الأصح. (الروضة ٥/ ١٣١، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٧).

(٤) انظر هذه المسألة في (الروضة ٥/ ١٣١).

فإن دفع إليه ألفاً، فاشترى عبداً في الذمة، ثم تلف الألف قبل أن ينقده في ثمن العبد، انفسخ القراض؛ لأنه تلف رأس المال بعينه، وفي الثمن وجهان، أحدهما: أنه على رب المال؛ لأنه اشتراه له، فكان الثمن عليه، كما لو اشترى الوكيل في الذمة ما وكل في شرائِه، فتلف الثمن في يده قبل أن ينقده، والثاني: أن الثمن على العامل؛ لأن رب المال لم يأذن له في التجارة إلاّ في رأس المال، فلم يلزمه ما زاد.

وإن دفع إليه ألفين، فاشترى بهما عبدين، ثم تلف أحدهما، ففيه وجهان، أحدهما: يتلف من رأس المال، وينفسخ فيه القراض؛ لأنه بدل عن رأس المال، فكان هلاكه كهلاكه، والثاني: أنه يتلف من الربح؛ لأنه تصرف في المال، فكان في القراض.

وإن قارضه رجلان على مالين، فاشترى لكل واحد منهما جارية، ثم أشكلتا عليه، ففيه قولان، أحدهما: تباعان فإن لم يكن فيهما ربح قسم بين ربـي المال، وإن كان فيهما ربح، شاركهما العامل في الربح، وإن كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك؛ لأنه حصل بتفريطه، والقول الثاني: أن الجاريتين للعامل، ويلزمه قيمتهما؛ لأنه تعذر ردهما بتفريطه، فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما.

فـصـل [القراض غير لازم]:

ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء؛ لأنه تصرف في مال الغير بإذنه[1]، فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة، والوكالة.

فإن فسخ العقد والمال من غير جنس رأس المال، وتقاسماه، جاز، وإن باعاه جاز؛ لأن الحق لهما، وإن طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر؛ لأن

(١) يجوز لكل منهما الفسخ متى شاء، ولا يحتاج إلى حضور صاحبه ولا رضاه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٩، الروضة ٥/ ١٤١).

حق العامل في الربح، وذلك لا يحصل إلاّ بالبيع[1].

فإن قال رب المال: أنا أعطيك مالك فيه من الربح، وامتنع العامل، فإن قلنا: إنه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على أخذه، كما لو كان بينهما مال مشترك، وبذل أحدهما للآخر عوض حقه، وإن قلنا: لا يملك[2]، ففيه وجهان، بناء على القولين في العبد الجاني إذا امتنع المولى عن بيعه، وضمن للمجني عليه قيمته، أحدهما: لا يجبر على بيعه؛ لأن البيع لحقه، وقد بذل له حقه، والثاني: أنه يجبر؛ لأنه ربما زاد مزايد ورغب راغب فزاد في قيمته.

وإن طلب رب المال البيع، وامتنع العامل أجبر على بيعه؛ لأن حق رب المال في رأس المال، ولا يحصل ذلك إلاّ بالبيع[3]، فإن قال العامل: أنا أترك حقي، ولا أبيع، فإن قلنا: إن العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه، لأنه يريد أن يهب حقه، وقبول الهبات لا يجب، وإن قلنا: إنه لا يملك بالظهور، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجبر على بيعه؛ لأن البيع لحقه، وقد تركه فسقط، والثاني يجبر؛ لأن البيع لحقه ولحق رب المال في رأس ماله، فإذا رضي بترك حقه لم يرض رب المال بترك رأس ماله.

وإن فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل أن يتقاضاه؛ لأنه دخل في العقد على أن يرد رأس المال، فوجب أن يتقاضاه ليرده[4].

فصل [فسخ القراض بالموت والجنون]:

وإن مات أحدهما أو جُنَّ انفسخ؛ لأنه عقد جائز، فبطل بالموت والجنون، كالوديعة والوكالة[5].

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ١٤١.

(٢) هذا القول هو الراجح، كما سبق في ص ٤٨٤ هـ ٣.

(٣) انظر: الروضة ٥/ ١٤٢.

(٤) يلزم العامل التقاضي والاستيفاء سواء حصل الربح أم لا. (الروضة ٥/ ١٤١).

(٥) انظر: الروضة ٥/ ١٤١، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣١٩.

وإن مات رب المال، أو جُنَّ وأراد الوارث، أو الوَلِي، أن يعقد القراض والمال عرض، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق: يجوز؛ لأنه ليس بابتداء قراض، وإنما هو بناء على مال القراض، فجاز، ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح؛ لأن القراض قد بطل بالموت، وهذا ابتداء قراض على عرض فلم يجز[1].

فصل [القراض في المرض]:

وإن قارض في مرضه على ربح أكثر من أجرة المثل، ومات، اعتبر الربح من رأس المال، لأن الذي يعتبر من الثلث ما يخرجه من ماله، والربح ليس من ماله، وإنما يحصل بكسب العامل، فلم يعتبر من الثلث.

وإن مات وعليه دين، قدم العامل على الغرماء؛ لأن حقه يتعلق بعين المال، فقدم على الغرماء.

فصل [القراض الفاسد]:

وإن قارض قراضاً فاسداً، وتصرف العامل نفذ تصرفه؛ لأن العقد بطل، وبقي الإذن فملك به التصرف، فإن حصل في المال ربح لم يستحق العامل منه شيئاً؛ لأن الربح يستحقه بالقراض، وقد بطل القراض[2].

فأما أجرة المثل، فإنه ينظر فيه، فإن لم يرض إلاَّ بربح استحق؛ لأنه لم يرض أن يعمل إلاَّ بعوض ، فإذا لم يسلم له رجع إلى أجرة المثل.

وإن رضي من غير ربح، بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال، ففي

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويمنع القراض في الأصح. (الروضة ٥/١٤٣).

(٢) إذا فسد القراض فله ثلاثة أحكام، الأول: نفوذ تصرفات العامل كالقراض الصحيح لوجود الإذن، والثاني: سلامة الربح بكماله للمالك، والثالث: استحقاق أجرة مثل عمله، سواء ربح المال أم لم يربح، إلاَّ إذا فسد القراض لاشتراط جميع الربح للمالك ففيه وجهان، سيذكرهما المصنف. (الروضة ٥/١٢٥).

الأجرة وجهان، أحدهما: لا يستحق، وهو قول المزني؛ لأنه رضي أن يعمل من غير عوض، فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض، والثاني: أنه يستحق، وهو قول أبي العباس؛ لأن العمل في القراض يقتضي العوض، فلا يسقط بإسقاطه، كالوطء في النكاح(١).

وإن كان له على رجل دين، فقال: اقبض ما لي عليك، فَعَزَلَ الرجل ذلك، وقارضه عليه، لم يصح القراض؛ لأن قبضه له من نفسه لا يصح، فإذا قارضه عليه فقد قارضه على مال لا يملكه، فلم يصح؛ فإن اشترى العامل شيئاً في الذمة، ونقد في ثمنه، ما عزله لرب المال، وربح ففيه وجهان، أحدهما: إن ما اشتراه مع الربح لرب المال؛ لأنه اشتراه له بإذنه، ونقد فيه الثمن بإذنه، وبرئت ذمته من الدين؛ لأنه سلمه إلى من اشترى منه بإذنه، ويرجع العامل بأجرة المثل؛ لأنه عمل ليسلم له الربح، ولم يسلم، فرجع إلى أجرة عمله، والثاني: أن الذي اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه، لأن رب المال عقد القراض على مال لا يملكه، فلم يقع الشراء له(٢).

فصل [الاختلاف في القراض]:

وإن اختلف العامل ورب المال في تلف المال، فادعاه العامل، وأنكره رب المال، أو في الخيانة، فادعاها رب المال، وأنكر العامل، فالقول قول العامل؛ لأنه أمين، والأصل عدم الخيانة، فكان القول قوله كالمودع(٣).

(١) الوجه الأول للمزني، هو الراجح، ولا يستحق العامل شيئاً (الروضة ٥/ ١٢٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣).

(٢) الوجه الأول هو الأصح عند البغوي، وأن الربح للمالك، والوجه الثاني هو الأصح عند الشيخ أبي حامد، وأن الربح للعامل، ولم يرجح النووي، لكنه يرجح عادة قول الشيخ أبي حامد (الروضة ٥/ ١١٨).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ١٤٥.

فصل [الاختلاف في رد المال]:

فإن اختلفا في رد المال، فادعاه العامل، وأنكره رب المال، ففيه وجهان، أحدهما: لا يقبل قوله؛ لأنه قبض العين لمنفعته، فلم يقبل قوله في الرد، كالمستعير، والثاني: يقبل قوله؛ لأن معظم منفعته لرب المال؛ لأن الجميع له إلاّ السهم الذي جعله للعامل فقبل قوله عليه في الرد كالمودع[1].

فصل [الاختلاف في قدر الربح]:

فإن اختلفا في قدر الربح المشروط، فادعى العامل أنه النصف، وادعى رب المال أنه الثلث، تحالفا؛ لأنهما اختلفا في عوض مشروط في العقد، فتحالفا، كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، فإن حلفا صار الربح كله لرب المال، ويرجع العامل بأجرة المثل لأنه لم يسلم له المسمى، فرجع ببدل عمله[2].

فصل [الاختلاف في قدر رأس المال]:

وإن اختلفا في قدر رأس المال، فقال رب المال: ألفان، وقال العامل: ألف، فإن لم يكن في المال ربح، فالقول قول العامل؛ لأن الأصل عدم القبض، فلا يلزمه إلاّ ما أقر به[3]، وإن كان في المال ربح، ففيه وجهان، أحدهما: أن القول قول العامل لما ذكرناه، والثاني: أنهما يتحالفان؛ لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح، فتحالفا، كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط، والصحيح هو الأول لأن الاختلاف في الربح المشروط اختلاف في صفة العقد، فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، وهذا اختلاف فيما قبض فكان الظاهر مع

---

(١) الوجه الثاني هو الأصح، ويصدق قول العامل بيمينه في الأصح (الروضة ٥/ ١٤٥).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ١٤٦.

(٣) انظر: الروضة ٥/ ١٤٦.

الذي ينكر، كالمتبايعين إذا اختلفا في قبض الثمن، فإن القول قول البائع[1].

فصل [الاختلاف في المشترى]:

وإن كان في المال عبد، فقال رب المال: اشتريته للقراض، وقال العامل: اشتريته لنفسي، أو قال رب المال: اشتريته لنفسك، وقال العامل: اشتريته للقراض، فالقول قول العامل؛ لأنه قد يشتري لنفسه، وقد يشتريه للقراض، ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلاَّ بالنية، فوجب الرجوع إليه، فإن أقام رب المال البينة أنه اشتراه بمال القراض، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يحكم بالبينة؛ لأنه لا يشتري بمال القراض إلاَّ للقراض، والثاني: أنه لا يحكم بها، لأنه يجوز أن يشتري لنفسه بمال القراض على وجه التعدي، فلا يكون للقراض لبطلان البيع[2].

فصل [الاختلاف في النهي]:

وإن كان في يده عبد، فقال رب المال: كنت نهيتك عن شرائه، وأنكر العامل، فالقول قول العامل؛ لأن الأصل عدم النهي، ولأن هذا دعوى خيانة، والعامل أمين، فكان القول فيهما قوله.

فصل [الاختلاف في الغلط]:

وإن قال: ربحت في المال ألفاً، ثم ادعى أنه غلط فيه، أو أظهر ذلك خوفاً من نزع المال من يده، لم يقبل قوله؛ لأن هذا رجوع عن الإقرار بالمال لغيره، فلم يقبل، كما لو أقر لرجل بمال ثم ادعى أنه غلط، فإن قال: قد كان

---

(١) الوجه الأول الذي صححه المصنف هو الراجح، ويصدق قول العامل بيمينه في الأصح (الروضة ٥/ ١٤٥).

(٢) ذكر النووي الوجهين، وبين وجه المنع فقط مما يدل على ترجيحه للوجه الثاني، وأنه لا يحكم للبينة للمالك، قال النووي: «وجه المنع أنه قد يشتري لنفسه بمال القراض عدواناً، فيبطل العقد» (الروضة ٥/ ١٤٦).

فيه ربح، ولكنه هلك، قبل قوله؛ لأن دعوى التلف بعد الإقرار لا تكذب إقراره فقبل.

بـــاب
العبد المأذون له في التجارة

لا يجوز للعبد أن يتجر بغير إذن المولى؛ لأن منافعه مستحقة له، فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه[1]. فإن رآه يتجر فسكت لم يصر مأذوناً له، لأنه تصرف يفتقر إلى الإذن، فلم يكن السكوت إذناً فيه كبيع مال الأجنبـي، فإن اشترى شيئاً في الذمة، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو سعيد الإصطخري، وأبو إسحاق: لا يصح؛ لأنه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير إذن المولى كالنكاح، وقال أبو علي بن أبـي هريرة: يصح؛ لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالمفلس، ويخالف النكاح، فإنه تنقص به قيمته، ويستضر به المولى، فلم يصح من غير إذنه.

فإن قلنا: إنه يصح دخل المبيع في ملك المولى؛ لأنه كسب للعبد فكان للمولى، كما لو احتش أو اصطاد ويثبت الثمن في ذمته؛ لأن إطلاق البيع يقتضي إيجاب الثمن في الذمة، فإن علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق؛ لأنه رضي بذمته، فلزمه الصبر إلى أن يقدر، كما نقول فيمن باع من مفلس، وإن لم يعلم، ثم علم، فهو بالخيار بين أن يصبر إلى أن يعتق، وبين أن يفسخ البيع، ويرجع إلى عين ماله؛ لأنه تعذر الثمن، فثبت الخيار، كما نقول فيمن باع من رجل ثم أفلس بالثمن.

وإن قلنا: إن الشراء باطل وجب رد المبيع؛ لأنه مقبوض عن بيع فاسد، فإن تلف في يد العبد أتبع بقيمته إذا عتق؛ لأنه رضي بذمته، وإن تلف في يد

---

(١) نكتفي بعرض أحكام العبد المأذون له في التجارة، كما ذكرها المصنف، لانتهاء عهد الرق، وعدم الحاجة لمعرفة أحكامها اليوم.

السيد جاز له مطالبة المولى في الحال، ومطالبة العبد إذا عتق؛ لأنه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق.

فصل [الإذن للعبد بالتجارة]:

وإن أذن له في التجارة صح تصرفه؛ لأن الحجر عليه لحق المولى، وقد زال، وما يكتسبه للمولى؛ لأنه إن دفع إليه مالاً فاشترى به كان المشترى عوض ماله، فكان له، وإن أذن له في الشراء في الذمة، كان المشترى من أكسابه؛ لأنه تناوله الإذن، فإن لم يكن في يده شيء اتبع به إذا عتق؛ لأنه دين لزمه برضى من له الحق، فتعلق بذمته، ولا تباع فيه رقبته؛ لأن المولى لم يأذن له في رقبته فلم يقض منها دينه.

فصل [التجارة في المأذون]:

ولا يتجر إلاَّ فيما أذن به؛ لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلاَّ ما دخل فيه، فإن أذن له في التجارة لم يملك الإجارة، ومن أصحابنا من قال: يملك إجارة ما يشتريه للتجارة؛ لأنه من فوائد المال، فملك العقد عليه، كالصوف، واللبن، والمذهب الأول؛ لأن المأذون فيه هو التجارة، والإجارة ليست من التجارة، فلم يملك بالإذن في التجارة.

فصل [قيود على التصرف]:

ولا يبيع بنسيئة[1]، ولا بدون ثمن المثل؛ لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، والعرف هو البيع بالنقد، وثمن المثل، ولأنه يتصرف في حق غيره، فلا يملك إلاَّ ما فيه النظر والاحتياط، وليس فيما ذكرناه نظر ولا احتياط، فلا يملك.

ولا يسافر بالمال؛ لأن فيه تغريراً بالمال، فلا يملك من غير إذن.

وإن اشترى من يعتق على مولاه بغير إذنه، ففيه قولان، أحدهما: أنه

---

(١) النسيء والنسيئة: التأخير. (النظم ١/ ٣٩٠).

لا يصح، وهو الصحيح؛ لأن الإذن في التجارة يقتضي ما ينتفع به ويربح فيه، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه، والثاني: أنه يصح؛ لأن العبد لا يصح منه الشراء لنفسه، فإذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه، فوجب أن يملك جميع ما يملك[1]، فإن قلنا: يصح فإن لم يكن عليه دين عتق، وإن كان عليه دين، ففيه قولان، أحدهما: يعتق؛ لأنه ملكه، والثاني: لا يعتق؛ لأن حقوق الغرماء تعلقت به، فإن اشتراه بإذنه صح الشراء[2]، فإن لم يكن عليه دين عتق عليه، وإن كان عليه دين فعلى القولين، ومتى صح العتق لزمه أن يغرم قيمته للغرماء؛ لأنه أسقط حقهم منه بالعتق.

فصل [اكتساب العبد المأذون]:

وإذا اكتسب العبد مالاً بأن احتش، أو اصطاد، أو عمل في معدن، فأخذ منه مالاً أو ابتاع، أو اتهب، أو أوصي له بمال، فقَبِل، دخل ذلك في ملك المولى؛ لأنها اكتساب ماله فكانت له، فإن ملكه مالاً، ففيه قولان، قال في «القديم»: يملكه لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع»[3]، ولأنه

---

(١) القول الأول هو الراجح، فإن اشترى العبد بغير إذن مولاه لم يصح على الأظهر. (الروضة ٥/ ١٣٠).

(٢) يصح شراء العبد لمن يعتق عليه على مولاه إذا كان بإذنه. (الروضة ٥/ ١٣٠).

(٣) هذا جزء من حديث رواه البخاري (٢/ ٨٣٧ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شِرب في حائط)، ومسلم (١٠/ ١٩١ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها تمر)، وأبو داود (٢/ ٢٤٠ كتاب البيوع، باب العبد يباع وله مال)، والترمذي (٤/ ٤٤٥ كتاب البيوع، باب ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال)، وابن ماجه (٢/ ٧٤٥ كتاب التجارات، باب فيمن باع نخلاً مؤبرة أو عبداً له مال)، ومالك (الموطأ ص ٣٧٨ كتاب البيوع، باب في مال المملوك)، وأحمد (٢/ ٩، ٧٨، ٨٢، ٣/ ٣٠١، ٣١٠، ٥/ ٣٢٦).
وهذا الحديث سبق في ص ٩٣ هـ ٥ وأوله «من باع نخلاً مؤبرة» عن ابن عمر رضي الله عنه.

يملك البُضْع فملك المال كالحر، وقال في «الجديد»: لا يملك؛ لأنه سبب يملك به المال، فلا يملك به العبد كالإرث، فإن ملكه جارية وأذن له في وطئها، ملك وطأها، في قوله القديم، ولا يملك في الجديد، وإن ملكه نصاباً لم يجب زكاته على المولى في قوله القديم، ويجب في الجديد، فإن وجب كفارة عليه كفر بالطعام والكسوة في قوله القديم، وكفر بالصوم في قوله الجديد، وأما العتق فلا يكفر به على القولين؛ لأن العتق يتضمن الولاء، والعبد ليس من أهل الولاء، وإن باعه وشرط المبتاع ماله جاز في قوله القديم أن يكون المال مجهولاً، لأنه تابع، ولا يجوز في الجديد، لأنه غير تابع، والله أعلم.

• • •

كتاب المساقاة

تجوز المساقاة[1] على النخل، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع»[2].

وتجوز على الكرم[3]، لأنه شجر تجب الزكاة في ثمرته، فجازت المساقاة عليه كالنخل، وتجوز على الفسلان[4] وصغار الكرم إلى وقت تحمل؛ لأنه بالعمل عليها تحصل الثمرة، كما تحصل بالعمل على النخل والكرم، ولا تجوز على المباطخ والمقاثىء[5] والعلف وقصب السكر، لأنها بمنزلة الزرع، فكان المساقاة عليها كالمخابرة على الزرع.

---

(١) المساقاة: مأخوذة من السقي المحتاج إليه فيها غالباً، وهي أن يعامل إنسان إنساناً على شجرة ليتعهدها بالسقي والتربية على أن تكون الثمرة بينهما. (الروضة ٥/ ١٥٠، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٢).

(٢) حديث ابن عمر صحيح أخرجه الجماعة، وسبق بيانه صفحة ٤٧٦ هامش ٣.

(٣) الكرم: العنب، وقد نهى النبي ﷺ عن تسميته به، فقال: «لا تقولوا الكرم، فإن الكرم هو المؤمن». (النظم ١/ ٣٩٠).

(٤) الفسلان والوديّ: النخل الصغار. (النظم ١/ ٣٩٠).

(٥) المباطخ والمقاثي: هو موضع البطيخ والقِثّاء، والمَبْطخة: بالفتح موضع البطيخ، وضم الطاء فيه لغة، والمقثأة والمقثؤة موضع القِثّاء، والقِثّاء بالكسر والضم: الخيار، وأقثأ القوم كثر عندهم القثاء. (النظم ١/ ٣٩٠).

واختلف قوله في سائر الأشجار المثمرة، كالتين، والتفاح، فقال في «القديم»: تجوز المساقاة عليها؛ لأنها شجر مثمر فأشبه النخل والكرم، وقال في «الجديد»: لا تجوز؛ لأنه لا تجب الزكاة في ثماره، فلم تجز المساقاة عليه[1]، كالغرب والخلاف[2].

واختلف قوله في المساقاة على الثمرة الظاهرة، فقال في «الأم»: تجوز؛ لأنه إذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر، فلأن تجوز على الثمرة الموجودة، وهي من الغرر أبعد، أولى، وقال في «البويطي»: لا تجوز؛ لأن المساقاة عقد على غرر، وإنما أجيز على الثمرة المعدومة للحاجة إلى استخراجها بالعمل، فإذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة فلم تجز[3].

فصل [المساقاة على شجر معلوم]:

ولا تجوز إلاَّ على شجر معلوم، وإن قال: ساقيتك على أحد هذين الحائطين، لم يصح؛ لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على حائط غير معين كالبيع[4]، وهل يجوز على حائط معين لم يره؟ فيه طريقان، أحدهما: أنه على قولين كالبيع، والثاني: أنه لا يصح قولاً واحداً؛ لأن المساقاة معقودة على الغرر فلا يجوز أن يضاف إليها الغرر لعدم الرؤية بخلاف البيع[5].

---

(١) قال النووي: «قلت: الأصح المنع». الروضة ٥/ ١٥٠.

(٢) الغَرْب: ضرب من الشجر، والخلاف: شجر يستخرج منه ماء طيب كماء الورد، وسمع بالتخفيف، وروي بالتشديد، وقيل: الخلاف: شجر سقط ثمره قبل تمامه، وهو الصفصاف. (النظم ١/ ٣٩١).
قال النووي: «ما لا ثمرة له كالدلب والخلاف وغيره، فلا تجوز المساقاة عليه، وقيل في الخلاف وجهان لأغصانه». (الروضة ٥/ ١٥٠).

(٣) القول الأول في «الأم» هو الراجح، والأظهر جواز المساقاة بعد خروج الثمار لكن قبل بدو الصلاح. (الروضة ٥/ ١٥٢، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٢٦).

(٤) انظر: الروضة ٥/ ١٥١.

(٥) الطريق الثاني هو الراجح، ولا تصح المساقاة على حائط غير مرئي. (الروضة ٥/ ١٥١).

فصل [المساقاة لمدة معلومة]:

ولا تجوز إلاَّ على مدة معلومة؛ لأنه عقد لازم، فلو جوزناه مطلقاً استبد العامل بالأصل[1]، فصار كالمالك[2].

ولا تجوز على أقل من مدة توجد فيها الثمرة، فإن ساقاه على النخل، أو على الوديّ إلى مدة لا تحمل، لم يصح؛ لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة، وذلك لا يوجد.

فإن عمل العامل، فهل يستحق أجرة المثل؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يستحق، وهو قول المزني؛ لأنه رضي أن يعمل بغير عوض فلم يستحق الأجرة كالمتطوع في غير المساقاة، والثاني: أنه يستحق، وهو قول أبـي العباس؛ لأن العمل في المساقاة يقتضي العوض، فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء في النكاح[3].

وإن ساقاه إلى مدة قد تحمل، وقد لا تحمل، ففيه وجهان، أحدهما: أنها تصح؛ لأنه عقد إلى مدة يرجى فيها وجود الثمرة، فأشبه إذا ساقاه إلى مدة توجد الثمرة فيها في الغالب، والثاني: أنها لا تصح، وهو قول أبـي إسحاق، لأنه عقد على عوض غير موجود، ولا الظاهر وجوده، فلم يصح، كما لو أسلم في معدوم إلى محل لا يوجد في الغالب[4]، فعلى هذا إن عمل استحق أجرة المثل؛ لأنه لم يرض أن يعمل من غير ربح، ولم يسلم له الربح، فرجع إلى بدل عمله.

واختلف قوله في أكثر مدة الإجارة والمساقاة، فقال في موضع: سنة، وقال

---

(١) استبد العامل بالأصل: أي انفرد به، واختص دون رب المال، والقسط: الحصة والنصيب. (النظم ١/ ٣٩١).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ١٥٦، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٢٨٢.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ويستحق العامل أجرة المثل إذا فسدت المساقاة. (الروضة ٥/ ١٥١).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، فلا تصح المساقاة إلى مدة قد تثمر، وقد لا تثمر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٢٦، الروضة ٥/ ١٥٢).

في موضع: يجوز ما شاء، وقال في موضع: يجوز ثلاثين سنة، فمن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أقوال، أحدها: لا تجوز بأكثر من سنة؛ لأنه عقد على غرر أجيز للحاجة، ولا تدعو الحاجة إلى أكثر من سنة؛ لأن منافع الأعيان تتكامل في سنة، والثاني: تجوز ما بقيت العين؛ لأن كل عقد جاز إلى سنة جاز إلى أكثر منها، كالكتابة، والبيع إلى أجل، والثالث: أنه لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة؛ لأن الثلاثين شطر العمر، ولا تبقى الأعيان على صفة أكثر من ذلك، ومنهم من قال: هي على القولين الأولين، وأما الثلاثون فإنما ذكره على سبيل التكثير، لا على سبيل التجديد، وهو الصحيح[١].

فإن ساقاه إلى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر؛ لأن شهور السنة لا تختلف منافعها، وإن ساقاه إلى سنتين ففيه قولان، أحدهما: لا يجب ذكر كل سنة، كما إذا اشترى أعياناً بثمن واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها، والثاني: يجب؛ لأن المنافع، تختلف باختلاف السنين، فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم نأمن أن ينفسخ العقد، فلا يعرف ما يرجع فيه العوض[٢].

ومن أصحابنا من قال: القولان في الإجارة، فأما في المساقاة، فإنه يجب ذكر قسط كل سنة من العوض؛ لأن الثمار تختلف باختلاف السنين، والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف السنين[٣].

---

(١) قال النووي: «ولو ساقاه أكثر من سنة ففي صحته الأقوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في الإجارة أكثر من سنة». (الروضة ٥/١٥٦)، ثم قال في الإجارة: «المشهور الذي عليه جمهور الأصحاب أنه يجوز سنين كثيرة بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالباً». ثم ذكر أمثلة من سنة إلى مائة سنة. (الروضة ٥/١٩٦، وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٤٩).

(٢) ذكر النووي ذلك فقال: «قولان، أو وجهان» ولم يرجح. (الروضة ٥/١٥٦، ١٥٧) لكن ذكر النووي الترجيح في كتاب الإجارة، وأن الوجه الأول هو الراجح، وأنه لا يجب تقدير حصة كل سنة في الأظهر. (الروضة ٥/١٩٦).

(٣) هذا القول ضعيف، عبر عنه النووي بقوله: «وقيل: يجب هنا قطعاً». (الروضة ٥/١٥٧).

فصل [ظهور الثمر بعد المدة]:

وإذا ساقاه إلى عشر سنين، فانقضت المدة، ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة، لم يكن للعامل فيها حق[1]، لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد، وإن أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهي طلع أو بلح، تعلق بها حق العامل؛ لأنها حدثت قبل انقضاء المدة[2].

فصل [المساقاة على جزء معلوم]:

ولا تجوز إلاَّ على جزء معلوم، فإن ساقاه على جزء مقدر كالنصف، والثلث، جاز، لحديث ابن عمر[3]، فإن عقد على جزء غير مقدر، كالجزء، والسهم، والنصيب، لم يصح؛ لأن ذلك يقع على القليل والكثير، فيعظم الغرر.

وإن ساقاه على صاع معلوم لم يصح، لأنه ربما لم يحصل ذلك فيستضر العامل، وربما لا يحصل إلاَّ ذلك، فيستضر رب النخل.

وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها، لم يصح؛ لأنه قد لا تحمل تلك النخلات فيستضر العامل، أو لا يحمل إلاَّ هي فيستضر رب النخل.

وإن ساقاه عشر سنين، وشرط له ثمرة سنة غير السنة العاشرة، لم يصح؛ لأنه شرط عليه بعد حقه عملاً لا يستحق عليه عوضاً، وإن شرط له ثمرة السنة العاشرة، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يصح، كما يصح أن يعمل في جميع السنة، وإن كانت الثمرة في بعضها، والثاني: لا يصح؛ لأنه يعمل فيها مدة تثمر فيها، ولا يستحق شيئاً من ثمرها[4].

---

(١) انظر: الروضة ٥/١٥٦.

(٢) انظر: الروضة ٥/١٥٦.

(٣) هذا حديث صحيح، وسبق بيانه في أول المساقاة ص ٤٩٧، وفي ص ٤٧٦.

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ولا تصح المساقاة على أن له ثمرة السنة العاشرة. (الروضة ٥/١٥٧).

فصل [المساقاة على عمل معلوم]:

ولا يصح إلاَّ على عمل معلوم، فإن قال: إن سقيته بالسيح[(1)] فلك الثلث، وإن سقيته بالناضح، فلك النصف، لم يصح، لأنه عقد على مجهول.

فصل [ألفاظ المساقاة]:

وتنعقد بلفظ المساقاة؛ لأنه موضوع له، وتنعقد بما يؤدي معناه؛ لأن القصد منه المعنى، فصح بما دل عليه، فإن قال: استأجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرته، لم تصح؛ لأنه عقد الإجارة بعوض مجهول القدر، فلم تصح[(2)].

فصل [خيار الشرط والمجلس]:

ولا يثبت فيه خيار الشرط؛ لأنه إذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه، وفي خيار المجلس وجهان، أحدهما: يثبت فيه، لأنه عقد لازم يقصد به المال، فيثبت خيار المجلس كالبيع، والثاني: لا يثبت؛ لأنه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس، فلو ثبت فيه خيار المجلس، لثبت فيه خيار الشرط، كالبيع[(3)].

فصل [لزوم المساقاة]:

وإذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه؛ لأن النماء متأخر عن العمل، فلو قلنا: إنه يملك الفسخ لم يأمن أن يفسخ بعد العمل، ولا تحصل له الثمرة[(4)].

---

(١) السيح: هو الماء الجاري على وجه الأرض. (النظم ١/ ٣٩٢).

(٢) انظر: الروضة ١/ ١٥٧.

(٣) قال النووي في البيع: «وأما المساقاة ففي ثبوت خيار المجلس فيها طريقان، أصحهما على الخلاف في الإجارة...». وقال في الإجارة: «الأصح لا يثبت عند الأكثرين». (الروضة ٣/ ٤٣٥، ٤٣٦، وذكر النووي في «المنهاج» بعدم خيار المجلس في المساقاة في الأصح المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٤).

(٤) عبر عن ذلك النووي فقال: «والمساقاة لازمة». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٢٩).

فصل [عمل العامل]:

وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد في الثمرة من التلقيح، وصرف الجريد، وإصلاح الأجاجين[1]، وتنقية السواقي، والسقي، وقلع الحشيش المضر بالنخل، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الأصل من سد الحيطان، ونصب الدَوْلاب[2]، وشراء الثيران؛ لأن ذلك يراد لحفظ الأصل، ولهذا من يريد إنشاء بستان فعل هذا كله[3].

واختلف أصحابنا في الجذاذ واللقاط[4]، فمنهم من قال: لا يلزم العامل ذلك؛ لأن ذلك يحتاج إليه بعد تكامل النماء، ومنهم من قال: يلزمه؛ لأنه لا تستغني عنه الثمرة[5].

فصل [شرط العمل معه]:

وإن شرط العامل في القراض والمساقاة أن يعمل معه رب المال، لم يصح؛ لأن موضوع العقد أن يكون المال من رب المال، والعمل من العامل،

---

(١) التلقيح: هو تأبير النخل، واللقاح: ما تلقح به النخلة، وهو طرح شيء من حمل الذكر في طلعة النخل لتزكو وتثبت، وصرف الجريد: هو تنحيته وإزالة ما يضر بالنخل منه، وقيل: هو أن يشذبه من سلائه، ويدلل العذوق فيها بين الجريد لقاطفه، والتشذيب: هو تنحية شوكه، وتنقيته مما يخرج من شكيره، والمضر به إن ترك عليه، والجريد: الذي يجرد عنه الخوص، ولا يسمى جريداً ما دام الخوص عليه، وإنما يسمى عسفاً، والأجاجين: جمع أجانة، وهي التي تغسل فيها الثياب، مثل المركن الكبير. (النظم ١/ ٣٩٢).

(٢) الدَوْلاب: بفتح الدال، كما ذكره في ديوان الأدب وغيره. (النظم ١/ ٣٩٢).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ١٥٥، ١٥٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٢٨ وما بعدها.

(٤) الجذاذ: قطع الثمرة عند انتهائه، واللقاط: ما لقط من الأرض وجمع ما يتناثر منه، وقيل: الجذاذ في النخل، والحصاد في الزرع، واللقاط في الكرم. (النظم ١/ ٣٩٢).

(٥) القول الثاني هو الراجح، وعلى العامل حفظ الثمرة وجذاذها وتجفيفها في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣٩).

فإذا لم يجز شرط المال على العامل، لم يجز شرط العمل على رب المال[١].

وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال، فقد نص في «المساقاة» أنه يجوز، واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه، فمنهم من قال: لا يجوز فيها لأن عمل الغلمان كعمل رب المال، فإذا لم يجز شرط عمله لم يجز شرط عمل غلمانه، وحمل قوله في «المساقاة» على أنه أراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان، وغيره، والثاني يجوز فيهما، لأن غلمانه ماله، فجاز أن يجعل تابعاً لماله، كالثور، والدولاب، والحمار لحمل المتاع، بخلاف رب المال، فإنه مالك فلا يجوز أن يجعل تابعاً لماله، والثالث: أنه يجوز في المساقاة، ولا يجوز في القراض؛ لأن في المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره، فجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه، وليس في القراض ما يلزم رب المال فلم يجز شرط غلمانه[٢].

فإذا قلنا: إنه يجوز لم يصح حتى تعرف الغلمان بالرؤية أو الوصف، ويجب أن يكون الغلمان تحت أمر العامل[٣].

وأما نفقتهم فإنه إن شرط على العامل جاز، لأن بعملهم ينحفظ الأصل، وتزكو الثمرة[٤]، وإن لم يشرط، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنها على العامل؛ لأن العمل مستحق عليه، فكانت النفقة عليه، والثاني: أنها على رب المال؛ لأنه شرط عملهم عليه، فكانت النفقة عليه، والثالث: أنها من الثمرة لأن عملهم على الثمرة، فكانت النفقة منها[٥].

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ١٥٥.

(٢) القول الثالث هو الراجح، فإن شرط أن يعمل معه غلام المالك جاز على المذهب والمنصوص. (الروضة ٥/ ١٥٥).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ١٥٥.

(٤) تزكو الثمرة: أي تزيد وتنمو. (النظم ١/ ٣٩٣)، وكذا يصح إن شرطا النفقة على العامل جاز في الأصح. (الروضة ٥/ ١٥٥).

(٥) الوجه الثاني هو الراجح، وتكون النفقة على المالك على المذهب الذي قطع به الجمهور، وأشار النووي إلى أن «المهذب» حكى الوجه الأول.

فصل [ظهور الثمرة]:

وإذا ظهرت الثمرة، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: هي على القولين في العامل في القراض، أحدهما: تملك بالظهور، والثاني: بالتسليم، ومنهم من قال في المساقاة: تملك بالظهور قولاً واحداً، لأن الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال، فملك بالظهور، والربح جعل وقاية لرأس المال، فلم يملك بالظهور في أحد القولين[1].

فصل [العامل أمين]:

والعامل أمين فيما يدعي من هلاك، وفيما يدعى عليه من خيانة؛ لأنه ائتمنه رب المال، فكان القول قوله، فإن ثبتت خيانته ضم إليه، من يشرف عليه[2]، ولا تزال يده؛ لأن العمل مستحق عليه، ويمكن استيفاؤه منه، فوجب أن يستوفى، وإن لم ينحفظ استؤجر عليه عن ماله من يعمل عنه؛ لأنه لا يمكن استيفاء العمل بفعله، فاستوفى بغيره[3].

فصل [هرب العامل]:

وإن هرب رفع الأمر إلى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه[4] فإن لم يكن مال اقترض عليه، فإن لم يجد من يقرضه، فلرب النخل أن يفسخ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فثبت له الفسخ[5]، كما لو اشترى عبداً فأبق من يد البائع.

(١) الطريق الأول هو الراجح، وتملك الثمرة بالظهور على المذهب. (الروضة ٥/ ١٦٠).
(٢) يشرف عليه: أي يطلع عليه، يقال: أشرف على الشيء إذا اطلع عليه من علو، من الشرف، وهو المكان المرتفع العالي. (النظم ١/ ١٥٥).
(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣١.
(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣٠، الروضة ٥/ ١٦٠.
(٥) وقال ابن أبي هريرة: لا يفسخ، ويطلب من الحاكم من يساقي عن العامل، وما ذكره المصنف هو الراجح. (الروضة ٥/ ١٦١).

فإن فسخ نظرتَ: فإن لم تظهر الثمرة فهي لرب النخل؛ لأن العقد زال قبل ظهورها، وللعامل أجرة ما عمل، وإن ظهرت الثمرة فهي بينهما، فإن عمل فيه رب النخل أو استأجر من عمل فيه بغير إذن الحاكم، لم يرجع؛ لأنه متبرع، وإن لم يقدر على إذن الحاكم، فإن لم يشهد لم يرجع؛ لأنه متبرع، وإن أشهد ففيه وجهان، أحدهما: يرجع؛ لأنه موضع ضرورة، والثاني: لا يرجع، لأنه يصير حاكماً لنفسه على غيره، وهذا لا يجوز، لا لضرورة ولا لغيرها[1].

فصل [موت العامل]:

وإن مات العامل قبل الفراغ، فإن تمم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة، وإن لم يعمل، فإن كان له تركة استؤجر منها من يعمل؛ لأنه حق عليه يمكن استيفاؤه من التركة، فوجب أن يستوفى كما لو كان عليه دين، وله تركة، وإن لم تكن له تركة لم يلزم الوارث العمل؛ لأن ما لزم الموروث لا يطالب به الوارث كالدين[2].

ولا يقترض عليه؛ لأنه لا ذمة له، ولرب النخل أن يفسخ؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فإن فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه في العامل إذا هرب[3].

فصل [استحقاق النخل]:

وإن ساقى رجلاً على نخل على النصف، فعمل فيه العامل، وتقاسما الثمرة،

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، فيرجع بعد الإشهاد، لأن الإشهاد حال العذر كالحكم. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣٠، الروضة ٥/ ١٦١).

(٢) لا يلزم الوارث إن لم يترك العامل تركه، ولا يستقرض عليه. (الروضة ٥/ ١٦٢، ١٦٣، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣١).

(٣) إذا هرب العامل ففيه تفصيل، فإن كانت المساقاة على عينه انفسخت بموت الأجير المعين، وإن كانت على الذمة فوجهان، والصحيح منهما لا تنفسخ كالإجارة، وعليه التفريع. (الروضة ٥/ ١٦٢).

ثم استحق النخل، رجع العامل على من ساقاه بالأجرة؛ لأنه عمل بعوض ولم يسلم له العوض، فرجع ببدل عمله[1].

فإن كانت الثمرة باقية أخذها المالك، فإن تلفت رجع بالبدل، فإن أراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع؛ لأنه حال بينه وبين الجميع، وإن أراد أن يضمن العامل، ففيه وجهان، أحدهما: يضمنه الجميع؛ لأنه ثبتت يده على الجميع، فضمنه كالعامل في القراض في المال المغصوب، والثاني: لا يضمن إلاَّ النصف؛ لأنه لم يحصل في يده إلاَّ ما أخذه بالقسمة، وهو النصف، فأما النصف الآخر، فإنه لم يكن في يده؛ لأنه لو كان في يده لزمه حفظه، كما يلزم العامل في القراض[2].

فصل [الاختلاف في العوض]:

إذا اختلف العامل ورب النخل في العوض المشروط، فقال العامل: شرطت لي النصف، وقال رب النخل: شرطت لك الثلث، تحالفا؛ لأنهما متعاقدان اختلفا في العوض المشروط، ولا بينة فتحالفا، كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن[3]، وبالله التوفيق.

باب
المزارعة

لا تجوز المزارعة[4] على بياض لا شجر فيه، لما روى سليم بن بشار أن

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣١، الروضة ٥/ ١٦٤.
(٢) الوجه الأول هو الراجح، ويُطالب العامل بالجميع على الأصح عند الجمهور لثبوت يده. (الروضة ٥/ ١٦٥).
(٣) انظر: الروضة ٥/ ١٦٥.
(٤) المزارعة: هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من المالك، والمخابرة مثلها إلاَّ أن البذر على العامل، وقيل: هما بمعنى واحد، والصحيح وظاهر نص الشافعي

رافع بن خديج قال: كنا نخابر[1] على عهد رسول الله ﷺ، وذكر أن بعض عمومته أتاه، فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطاعة الله ورسوله أنفع لنا، وأنفع، قلنا: وما ذاك؟ قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها، ولا يُكْرِها بثلث، ولا بربع، ولا بطعام مسمى»[2]، فأما إذا كانت الأرض بين النخل لا يمكن سقي الأرض إلاَّ بسقيها، نظرتَ: فإن كان النخيل كثيراً والبياض قليلاً، جاز أن تساقيه على النخل، وتزارعه على الأرض، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبـي ﷺ «عاملَ أهلَ خَيْبَر على شَطْر ما يخرجُ منها من ثمرٍ وزرعٍ»[3].

فإن عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل، لم تصح المزارعة[4]؛ لأنها إنما أجيزت تبعاً للمساقاة للحاجة، ولا حاجة قبل المساقاة وإن عقدت بعد المساقاة، ففيه وجهان، أحدهما: لا تصح؛ لأنه أفرد المزارعة بالعقد، فأشبه إذا قدمت، والثاني: تصح؛ لأنهما يحصلان لمن له المساقاة[5]، وإن عقدها

= أنهما عقدان مختلفان. (الروضة ٥/ ١٦٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٢٣).
قال النووي: «والمخابرة والمزارعة باطلتان، وقال ابن سريج تجوز المزارعة»، ثم نقل من قال بجوازهما من الأصحاب، ثم قال: «والمختار جواز المزارعة والمخابرة... والمعروف في المذهب إبطالهما، وعليه تفريع مسائل الباب». (الروضة ٥/ ١٦٨).

(١) المخابرة: إكراء الأرض بالثلث والربع. (النظم ١/ ٣٩٣).

(٢) حديث سليم بن بشار أخرجه البخاري بألفاظ مختلفة وروايات عدة. (٢/ ٨١٩ كتاب المزارعة، باب قطع الشجر والنخل، ٢/ ٨٢٤ كتاب المزارعة، باب ما كان أصحاب النبـي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة)، ومسلم (١٠/ ٢٠٤ كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالطعام)، ورواية مسلم أقرب إلى نص المصنف، وورد الحديث عن جابر وابن عمر أيضاً، وانظر: سنن النسائي (٧/ ٣٠ كتاب المزارعة، باب الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض).

(٣) حديث ابن عمر، رواه البخاري ومسلم، وسبق بيانه ص ٤٧٦، هـ ٣.

(٤) قال النووي: «وإن قدّم المزارعة فسدت على الصحيح، لأنها تابعة». (الروضة ٥/ ١٧٠).

(٥) الوجه الأول هو الراجح، لأنه يشترط ألا يفصل بينهما. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٢٤).

مع المساقاة، وسوى بينهما في العوض، جاز؛ لأن النبـي ﷺ «عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع»[1]، فإن فاضل بينهما في العوض، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز، وهو الصحيح؛ لأنهما عقدان فجاز أن يفاضل بينهما في العوض، والثاني: لا يجوز؛ لأنهما إذا تفاضلا تميزا فلم يكن أحدهما تابعاً للآخر[2].

فإن كان النخل قليلاً، والبياض كثيراً، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه لا يمكن سقي النخل إلاَّ بسقي الأرض، فأشبه الكثير، والثاني: لا يجوز؛ لأن البياض أكثر، فلا يجوز أن يكون الأكثر تابعاً للأقل[3].

• • •

(١) حديث ابن عمر صحيح، وسبق بيانه ص ٤٧٦ هـ ٣.

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ولا يشترط تساوي الجزء المشروط من الثمر والزرع. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٢٥، الروضة ٥/ ١٧٠).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، لأن كثير البياض كقليله. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٢٤، الروضة ٥/ ١٧٠، ١٧١).

كتاب الإجارة

يجوز عقد الإجارة[1] على المنافع المباحة[2]، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فإنْ أرْضَعْنَ لكم فآتُوهُنَّ أُجورَهُنَّ﴾[3] [الطلاق: ٦]، وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضي الله عنه قال: «كنا نُكري الأرض بما على السواقي من الزرع، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك، وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق»[4] وروى أبو أمامة التيمي قال سألت ابن عمر فقلت: إنا قوم نُكري في هذا الوجه[5]، وإن قوماً

---

(١) الإجارة: هي الأجر، وبذل العمل، قال الله تعالى: ﴿فسوف نؤتيه أجراً عظيماً﴾ [النساء: ٧٤]، وفيها لغتان: الفتح والكسر. (النظم ١/ ٣٩٤).

(٢) المنافع المباحة: ضد المحظورة، واحترز من الغناء أو حمل الخمر. (النظم ١/ ٣٩٤).

(٣) آتوهن أجورهن: أي أعطوهن. (النظم ١/ ٣٩٤).

(٤) حديث سعد أخرجه أبو داود، وسكت عنه مما يدل على صحته (٢/ ٢٣١ كتاب البيوع، باب في المزارعة)، والنسائي (٧/ ٣٨ كتاب المزارعة، باب الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع)، وأحمد (١/ ١٨٢)، والدارمي (٢/ ٧٢٣ كتاب البيوع، باب الرخصة في كراء الأرض بالذهب والفضة).

(٥) هذا الوجه: أي الجهة، يعني الحج، والوجه والجهة بمعنى، والهاء عوض من الواو، ويقال: هذا وجه الرأي أي هو الرأي نفسه. (النظم ١/ ٣٩٤).

يزعمون[1] أن لا حج لنا، فقال ابن عمر: ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة، إن رجلاً أتى النبي ﷺ فسأل عما تسألونني عنه، فلم يرد عليه حتى نزل ﴿ليسَ عليْكم جناحٌ أن تبتَغُوا فَضْلاً منْ ربّكم﴾[2] [البقرة: ١٩٨] فتلاها عليه»[3]، وروى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ «احتجم وأعطى الحجام أجره»[4]، ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز عقد البيع على الأعيان، وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع.

فصل [المنافع المحرمة]:

ولا تجوز على المنافع المحرمة؛ لأنه يحرم، فلا يجوز أخذ العوض عليه، كالميتة والدم.

فصل [استئجار الكلب]:

واختلف أصحابنا في استئجار الكلب المعلَم، فمنهم من قال: يجوز؛ لأن فيه منفعة مباحة، فجاز استئجاره كالفهد، ومنهم من قال: لا يجوز؛ وهو الصحيح، لأن اقتناءَه لا يجوز إلاّ للحاجة، وهو الصيد، وحفظ الماشية، وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلاّ بمؤن[5]، والدليل عليه قوله ﷺ: «منْ اقتنى كَلْباً

---

(١) يقال: زعم زَعْما وزِعْما وزُعْما أي قال. (النظم ١/ ٣٩٤).

(٢) الابتغاء طلب الرزق وغيره، يقال: بغاه سعة إذا طلبه. (النظم ١/ ٣٩٤).

(٣) حديث أبي أمامة رواه أحمد (٢/ ١٥٥)، وأبو داود (١/ ٤٠٢ كتاب المناسك، باب الكري).

(٤) حديث ابن عباس أخرجه البخاري (٢/ ٧٩٦ كتاب الإجارة، باب خراج الحجاج)، ومسلم (١٠/ ٢٤٢ كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجام)، وأبو داود (٢/ ٢٣٩ كتاب الإجارة، باب كسب الحجام)، وابن ماجه (٢/ ٧٣١ كتاب التجارات، باب كسب الحجام)، وأحمد (٢/ ٢٥٠، ٢٥٨، ٢٩٣)، وانظر: نيل الأوطار ٥/ ٣٢١.

(٥) القول الثاني هو الراجح، واستئجار الكلب المعلم للصيد والحراسة باطل في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣٥، الروضة ٥/ ١٧٨).

إلاَّ كلبَ صيدٍ أو ماشيةٍ نقصَ من أجرِه كلَ يومٍ قيراطان»[1]، وما أبيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه، كالميتة، ولأنه لا يضمن منفعته بالغصب، فدل على أنه لا قيمة لها.

فـصــل [استئجار الفحل]:

واختلفوا في استئجار الفحل للضراب، فمنهم من قال: يجوز؛ لأنه يجوز أن يستباح بالإعارة، فجاز أن يستباح بالإجارة، كسائر المنافع، ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح؛ لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبـي ﷺ «نهى عن ثمنِ عَسْبِ الفَحْلِ»[2]، ولأن المقصود منه هو الماء الذي يخلق منه، وهو محرم لا قيمة له، فلم يجز أخذ العوض عليه، كالميتة والدم[3].

فـصــل [استئجار الدراهم]:

واختلفوا في استئجار الدراهم والدنانير، ليجمل بها الدكان، واستئجار الأشجار لتجفيف الثياب، والاستظلال، فمنهم من قال: يجوز؛ لأنه منفعة مباحة فجاز الاستئجار لها، كسائر المنافع، ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح؛ لأن الدراهم والدنانير لا تراد للجمال، ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال،

---

(١) هذا حديث صحيح، رواه البخاري ومسلم، وسبق بيانه ص ٢٤ هـ ٣، كما سبق ج١/ ٣٥٧.

(٢) حديث ابن عمر أخرجه البخاري (٢/ ٧٩٧ كتاب الإجارة، باب عَسْب الفحل)، وأبو داود (٢/ ٢٣٩ كتاب الإجارة، باب عَسْب الفحل)، والنسائي (٧/ ٢٧٣ كتاب البيوع، باب ضراب الجمل)، وأحمد (٢/ ١٤)، وابن ماجه عن أبـي هريرة (٢/ ٧٣٠ كتاب التجارات، باب النهي عن ثمن الكلب. . . وعسب الفحل)، وأحمد عن أبـي هريرة أيضاً (٢/ ٢٩٩)، والدارمي عن أبـي هريرة (٢/ ٧٢٥ كتاب البيوع، باب النهي عن عسب الفحل).
والعَسْب: الكراء الذي يؤخذ على ضرب الفحل، وقيل: هو ضرابه، وقيل: ماؤه، أو أجرة مائه. (النظم ١/ ٣٩٤، الروضة ٣/ ٣٩٥).

(٣) القول الثاني هو الراجح، واستئجار الفحل للضراب باطل على الأصح. (الروضة ٥/ ١٧٩، ٣/ ٣٩٧).

فكان بذل العوض فيه من السفه، وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، ولأنه لا يضمن منفعتها بالغصب، فلم يضمن بالعقد[1].

فصل [استئجار المسلم من كافر]:

واختلفوا في الكافر إذا استأجر مسلماً إجارة معينة، فمنهم من قال: فيه قولان، لأنه عقد يتضمن حبس المسلم، فصار كبيع العبد المسلم منه، ومنهم من قال: يصح قولاً واحداً[2]؛ لأن علياً كرم الله وجهه كان يستقي الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة[3].

فصل [أهلية المتعاقدين]:

ولا يصح إلاً من جائز التصرف في المال؛ لأنه عقد يقصد به المال، فلم يصح إلاً من جائز التصرف في المال، كالبيع.

فصل [ألفاظ الإجارة]:

وينعقد بلفظ الإجارة، لأنه لفظ موضوع له، وهل ينعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان، أحدهما: ينعقد؛ لأنه صنف من البيع؛ لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع، فانعقد بلفظه، والثاني: لا ينعقد؛ لأنه يخالف البيع في الاسم والحكم، فلم ينعقد بلفظه كالنكاح[4].

---

(١) القول الثاني هو الراجح فاستئجار الدراهم والدنانير إن أطلقه فباطل، وإن صرح أنه للتزيين فباطل على الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣٥، الروضة ٥/ ١٧٧).

(٢) القول الثاني هو الراجح، قال النووي في «البيع»: «يجوز أن يستأجر الكافر المسلم على عمل في الذمة، كدين في ذمته، ويجوز أن يستأجره بعينه على الأصح». (الروضة ٣/ ٣٤٥).

(٣) أثر علي أخرجه ابن ماجه عن طريق ابن عباس (٢/ ٨١٨ كتاب الرهون، باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة)، والبيهقي (٦/ ١١٩)، وأخرجه أحمد عن طريق علي بسند جيد. (التلخيص الحبير ٣/ ٦١).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ولا ينعقد الإجارة بلفظ البيع. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣٣).

فـصـل [أنواع الإجارة]:

ويجوز على منفعة عين حاضرة، مثل أن يستأجر ظهراً بعينه للركوب، ويجوز على منفعة عين في الذمة، مثل أن يستأجر ظهراً في الذمة للركوب، ويجوز على عمل معين، مثل أن يكتري رجلاً ليخيط له ثوباً أو يبني له حائطاً، ويجوز على عمل في الذمة، مثل أن يكتري رجلاً ليحصل له خياطة ثوب، أو بناء حائط، لأنا بينا أن الإجارة بيع، والبيع يصح في عين حاضرة، وموصوفة في الذمة، فكذلك الإجارة[1]، وفي استئجار عين لم يرها قولان، أحدهما: لا يصح؛ والثاني: يصح ويثبت الخيار إذا رآها كما قلنا في البيع[2].

فـصـل [العين والمشاع]:

وتجوز على عين مفردة، وعلى جزء مشاع، لأنا بينا أنه بيع، والبيع يصح في المفرد والمشاع، فكذلك الإجارة.

فـصـل [استيفاء المنفعة]:

ولا تجوز إلاّ على عين يمكن استيفاء المنفعة منها، فإن استأجر أرضاً للزراعة، لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه، كماء العين، والمدّ بالبصرة[3]، والثلج، والمطر في الجبل؛ لأن المنفعة في الإجارة كالعين في البيع، فإذا لم يجز بيع عين لا يقدر عليها لم تجزإجارة منفعة لا يقدر عليها[4].

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣٣.

(٢) ذكر النووي أن إجارة العين الغائبة فيها خلاف، والأظهر اشتراط الرؤية. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٣).

(٣) المدّ: أحد عجائب البصرة وخصائصها، وذلك أن الماء في أنهارها يجري من الصبح إلى الظهر متصاعداً، فإن كان نصف النهار رجع إلى البحر منحدراً، وأما الذي يزرع عليه فإنه يفيض على الأرض عند الحاجة إلى الزراعة، ثم يحزر عنها، مده يرتفع إلى الزرع ثم يفيض عند الحاجة إليه للسقي. (النظم ١/ ٣٩٥).

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣٦، الروضة ٥/ ١٨٠.

فإن اكترى أرضاً على نهر إذا زاد سقى، وإذا لم يزد لم يسق، كأرض مصر، والفرات، وما انحدر من دجلة، نظرتَ: فإن اكتراها بعد الزيادة صح العقد؛ لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه، فهو كبيع الطير في القفص، وإن كان قبل الزيادة لم يصح؛ لأنه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه؟ أو لا يقدر؟ فلم يصح كبيع الطير في الهواء(١).

وإن اكترى أرضاً لا ماء لها، ولم يذكر أنه يكتريها للزراعة، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأن الأرض لا تكترى في العادة إلَّا للزراعة، فصار كما لو شرط أن يكتريها للزراعة، والثاني: إن كانت الأرض عالية، لا يطمع في سقيها، صح العقد؛ لأنه يعلم أنه لم يكترها للزراعة، وإن كانت مستقلة يطمع في سقيها بسوق الماء إليها من موضع لم يصح؛ لأنه اكتراها للزراعة مع تعذر الزراعة(٢).

فإن اكترى أرضاً غرقت بالماء لزراعة ما لا يثبت في الماء، كالحنطة والشعير، نظرتَ: فإن كان للماء مغيض(٣) إذا فتح انحسر الماء عن الأرض(٤)، وقدر على الزراعة، صح العقد؛ لأنه يمكن زراعتها بفتح المغيض، كما يمكن سكنى الدار بفتح الباب، وإن لم يكن له مغيض، ولا يعلم أن الماء ينحسر عنها، لم يصح العقد؛ لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر؟ فلم يصح العقد كبيع ما في يد الغاصب، فإن كان يعلم أن الماء ينحسر، وتنشفه الريح، ففيه

---

(١) صرح الشربيني أنه يجوز الاستئجار بعد ريها بالزيادة، وكذا قبله في الأصح، خلافاً لما ذكره المصنف (مغني المحتاج ٢/ ٣٣٦)، وانظر: الروضة ٥/ ١٨٠.

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويصح العقد على الأصح اكتفاء بالقرينة. (الروضة ٥/ ١٨١، ١٨٢).

(٣) مَغِيض: أي موضع ينصب فيه الماء، مَفْعل من غاض الماء يغيض إذا نزف. (النظم ١/ ٣٩٥).

(٤) انحسر: أي نزف وغاض. (النظم ١/ ٣٩٥).

وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة في الحال، والثاني: يصح، وهو قول أبـي إسحاق، وهو الصحيح؛ لأنه يعلم بالعادة إمكان الانتفاع[1] به.

فإن اكترى أرضاً على ماء إذا زاد غرقت، فاكتراها قبل الزيادة، صح العقد؛ لأن الغرق متوهم، فلا يمنع صحة العقد.

فـصـل [الاستئجار للتعليم]:

وإن استأجر رجلاً ليعلمه بنفسه سورة، وهو لا يحسنها، ففيه وجهان، أحدها: يصح كما يصح أن يشتري سلعة بدراهم، وهو لا يملكها، ثم يحصلها، ويسلم، والثاني: لا يصح؛ لأنه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصح كما لو أجر عبد غيره[2].

فـصـل [المنفعة معلومة القدر]:

ولا تصح الإجارة إلاَّ على منفعة معلومة القدْرِ، لأنا بينا أن الإجارة بيع، والبيع لا يصح إلاَّ في معلوم القدر، فكذلك الإجارة.

ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل، أو بتقدير المدة[3]، فإن كانت المنفعة معلومة القدر في نفسها، كخياطة ثوب، وبيع عبد، والركوب إلى مكان، قدرت بالعمل؛ لأنها معلومة في نفسها، فلا تقدر بغيرها، وإن قدر بالعمل والمدة بأن

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح وتصح الإجارة على المذهب والمنصوص إن رجا انحسار الماء وقت الزراعة في العادة. (الروضة ٥/ ١٨٠).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، لأن استئجار من لا يحسن القرآن لتعليمه باطل. (الروضة ٥/ ١٧٩، ١٨٠).

وهذا التفصيل بناء على جواز تعليم القرآن بأجر أم لا. (انظر: المجموع ١٤/ ٢٦٦، ٢٨٢، الروضة ٥/ ١٩١).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٠، الروضة ٥/ ١٨٨، ١٨٩ وما بعدها.

استأجره يوماً ليخيط له قميصاً، فالإجارة باطلة؛ لأنه يؤدي إلى التعارض، وذلك أنه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم، فإن طولب في بقية اليوم بالعمل أخل بشرط العمل[١]، وإن لم يطالب أخل بشرط المدة[٢].

فإن كانت المنفعة مجهولة المقدار في نفسها، كالسكنى، والرضاع، وسقي الأرض، والتطيين، والتجصيص، قدر بالمدة لأن السكنى وما يشبع به الصبي من اللبن، وما تروى به الأرض من السقي، يختلف، ولا ينضبط ومقدار التطيين والتجصيص لا ينضبط؛ لاختلافهما في الرقة، والثخونة، فقدر بالمدة.

واختلف أصحابنا في استئجار الظهر للحرث، فمنهم من قال: يجوز أن يقدر بالعمل، بأن يستأجره ليحرث أرضاً بعينها، ويجوز أن يقدر بالمدة، بأن يستأجره ليحرث له شهراً، ومنهم من قال: لا يجوز تقديره بالمدة، والأول أظهر؛ لأنه يمكن تقديره بكل واحد منهما فجاز التقدير بكل واحد منهما[٣].

فصل [مدة الإجارة]:

وما عقد على مدة لا يجوز إلاّ على مدة معلومة الابتداء والانتهاء، فإن قال: أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار، فالإجارة باطلة، وقال في «الإملاء»: تصح في الشهر الأول، وتبطل فيما زاد؛ لأن الشهر الأول معلوم، وما زاد مجهول، فصح في المعلوم، وبطل في المجهول، كما لو قال: أجرتك هذا الشهر بدينار، وما زاد بحسابه، والصحيح هو الأول؛ لأنه عقد على الشهر وما زاد من الشهور، وذلك مجهول، فبطل[٤]، ويخالف هذا إذا قال: أجرتك هذا الشهر بدينار، وما زاد

(١) الخلل: الإفساد في الأمر. (النظم ١/٣٩٦).
(٢) في المسألة قول آخر، لكن ما ذكره المصنف هو الراجح، فإن جمع المدة والعمل لم تصح في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٠).
(٣) القول الأول هو الراجح، ويجوز تقدير المنفعة إما بالزمان وإما بالعمل. (الروضة ٥/٢٠٦).
(٤) القول الأول هو الراجح، والإجارة باطلة على المشهور والصحيح (الروضة ٥/١٩٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٣).

بحسابه؛ لأن هناك أفرد الشهر الأول بالعقد، وههنا لم يفرد الشهر عما بعده بالعقد، فبطل بالجميع.

فإن أجره سنة مطلقة حُمل على سنة بالأهلة؛ لأن السنة المعهودة في الشرع سنة الأهلة[1]، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿يسألونَكَ عن الأهلّةِ، قل: هي مواقيتُ للنَّاسِ والحجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩]، فوجب أن يحمل العقد عليه، فإن كان العقد في أول الهلال عدّ اثنا عشر شهراً بالأهلة، تاماً كان الشهر أو ناقصاً، وإن كان في أثناء الشهر عدّ ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالأهلة، ثم كمل عدد الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً؛ لأنه تعذر إتمامه بالشهر الهلالي، فتمم بالعَدد.

فإن أجره سنة شمسية[2]، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه على حساب أنسىء فيه أيام، والنسيء حرام، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إنَّما النسيءُ زيادةٌ في الكفر﴾ [التوبة: ٣٧] والثاني: أنه يصح؛ لأنه وإن كان النسيء حراماً إلا أن المدة معلومة، فجاز العقد عليها، كالنيروز، والمهرجان[3].

وفي أكثر المدة التي يجوز عقد الإجارة عليه طريقان، ذكرناهما في المساقاة[4].

فـصــل [المنفعة المعلومة]:

ولا تصح الإجارة إلاَّ على منفعة معلومة؛ لأن الإجارة بيع، والمنفعة فيها

---

(١) انظر: الروضة ٥/١٩٧.

(٢) سنة شمسية: وهي ٣٦٤ يوماً على حساب مسير الشمس في ٢٨ منزلة، فإنها تقيم في كل منزلة ١٣ يوماً بلياليها. (النظم ٣٩٦)، والصحيح أن السنة الشمسية ٣٦٥ يوماً وربع اليوم.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، وتصح الإجارة لسنة شمسية. (الروضة ٥/١٩٧).

(٤) سبق ذلك صفحة ٥٠٠ هامش ١، وأن المشهور أن الإجارة تجوز سنين كثيرة بحيث تبقى إليها العين غالباً من سنة إلى مائة سنة. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٢٤٩، الروضة ٥/١٩٦).

كالعين في البيع، والبيع لا يصح إلاَّ في معلوم، فكذلك الإجارة، فإن كان المكترى داراً لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار؛ لأن المنفعة تختلف باختلافها، فوجب العلم بها، ولا يعرف ذلك إلاَّ بالتعيين، لأنها لا تضبط بالصفة، فافتقر إلى التعيين، كالعقار والجواهر في البيع، وهل يفتقر إلى الرؤية؟ فيه قولان بناء على القولين في البيع[1].

ولا يفتقر إلى ذكر السكنى، ولا إلى ذكر صفاتها؛ لأن الدار لا تكترى إلاَّ للسكنى، وذلك معلوم بالعرف، فاستغنى عن ذكرها[2]، كالبيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد معروف.

وإن اكترى أرضاً لم يصح حتى تُعرف الأرض، لما ذكرناه في الدار، ولا يصح حتى يذكر ما يكترى له من الزراعة، والغراس، والبناء؛ لأن الأرض تكترى لهذه المنافع، وتأثيرها في الأرض يختلف، فوجب بيانها.

وإن قال: أجرتك هذه الأرض لتزرعها ما شئت، جاز؛ لأنه جعل له زراعة أضر الأشياء، فأي صنف زرع لم يستوف به أكثر من حقه، وإن قال: أجرتك لتزرع، وأطلق، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأن الزروع مختلفة في التأثير في الأرض، فوجب بيانها، والثاني: يصح؛ لأن التفاوت بين الزرعين يقل[3].

وإن قال: أجرتك لتزرعها، أو تغرسها، لم يصح، لأنه جعل له أحدهما، ولم يعين، فلم يصح[4]، كما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين، وإن قال أجرتك لتزرعها، وتغرسها، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح، وهو قول المزني وأبي العباس وأبي إسحاق، لأنه لم يبين المقدار من كل واحد منهما، والثاني:

---

(١) الأظهر اشتراط الرؤية. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٤٣).

(٢) انظر: الروضة ٥/١٩٩.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، وتصح الإجارة إذا قال: لتزرعها ما شئت، ويزرع ما يشاء، نص عليه. (الروضة ٥/٢٠٠).

(٤) انظر: الروضة ٥/٢٠٠.

يصح وله أن يزرع النصف، ويغرس النصف، وهو ظاهر النص، وهو قول أبي الطيب بن سلمة؛ لأن الجمع يقتضي التسوية، فوجب أن يكون نصفين[1].

فـصـل [شروط ظهر الركوب]:

وإن استأجر ظهراً للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب؛ لأن الغرض يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والوصف؛ لأنه يضبط بالصفة، فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف، كما قلنا في البيع.

فإن كان في الجنس نوعان مختلفان في السير كالهملجة والقطوف[2]، من الخيل، ففيه وجهان، أحدهما: يفتقر إلى ذكره؛ لأن سيرهما يختلف، والثاني: لا يفتقر؛ لأن التفاوت في جنس واحد يقل[3].

ولا يصح حتى يعرف الراكب ولا يعرف ذلك إلاَّ بالتعيين؛ لأنه يختلف بثقله وخفته، وحركته وسكونه، ولا يضبط ذلك بالوصف، فوجب تعيينه[4].

ولا يصح حتى يعرف ما يركب به من سرج وغيره؛ لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب، فإن كان عمارية أو محملاً ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يجوز العقد عليه بالوصف؛ لأنه يمكن وصفه، فجاز العقد عليه بالصفة، كالسرج، والقتب، والثاني: إن كانت من المحامل البغدادية الخفاف، جاز العقد عليه بالصفة؛ لأنها لا تختلف، وإن كانت من الخراسانية الثقال لم يجز إلاَّ بالتعيين؛

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ولا تصح الإجارة في الأصح إذا قال: لتزرعها وتغرسها، خلافاً لما أشار إليه المصنف أن الوجه الثاني «هو ظاهر النص». (الروضة ٥/ ٢٠٠).

(٢) الهملجة: ضرب من السير، فارسي معرب، والهملاج: واحد الهماليج من البراذين، ومشيتها الهملجة، والقطوف من الدواب: البطيء السير. (النظم ١/ ٣٩٢).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ويشترط أن يقول: مهملَج أو قطوف على الأصح. (الروضة ٥/ ٢٠٢).

(٤) قال النووي: «وطريق معرفته بالمشاهدة، كذا قال الجمهور، والأصح أن الوصف التام يكفي عنها». (الروضة ٥/ ٢٠٠، ٢٠١).

لأنها تختلف وتتفاوت، والثالث: وهو المذهب، أنه لا يجوز إلاَّ بالتعيين، لأنها تختلف بالضيق والسعة، والثقل، والخفة، وذلك لا يضبط بالصفة، فوجب تعيينه[(١)].

واختلف أصحابنا في المعاليق كالقدر والسطيحة[(٢)]، فمنهم من قال: لا يجوز حتى يعرف قولاً واحداً؛ لأنها تختلف فوجب العلم بها، ومنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه، والثاني: يجوز، وتحمل على ما جرت به العادة لأنه تابع غير مقصود، فلم تؤثر الجهالة فيه، كالغطاء في الإجارة والحمل في البيع[(٣)].

وإن كان السير في طريق فيه منازل معروفة، جاز العقد عليه مطلقاً لأنه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقاً، كالثمن في موضع فيه نقد متعارف، فإن لم يكن فيه منازل معروفة لم يصح حتى يبين: لأنه مختلف لا عرف فيه، فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه[(٤)].

فصل [حالات الحمل]:

فإن استأجر ظهراً لحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظهر؛ لأنه لا غرض في معرفته، ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع، أنه حديد أو قطن لأن

(١) في المسألة أربعة أوجه، والأصح أن المعتبر فيها المشاهدة أو الوصف مع الوزن لإفادتهما التخمين، خلافاً لما صححه المصنف، وقال: «هو المذهب». (الروضة ٥/ ٢٠١).

(٢) المعاليق: واحدها معلاق، وهو ما يعلق بعروة أو غيرها من غير ربط ولا شد، والسطحية سقاء معروف، مسطح الصنعة، وهو اسم يوافق معناها، وهو من جلدين، وقيل: السطحية والسطيح: المزادة. (النظم ١/ ٣٩٧).

(٣) القول الأول هو الراجح، فيجب أن يراها أو يصفها له، ويذكر وزنها، وإلاَّ فلا تصح على المذهب والمنصوص. (الروضة ٥/ ٢٠٢، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٢).

(٤) قال النووي: «هذا هو الصحيح المعروف الذي اشتملت عليه طرق الأصحاب». (الروضة ٥/ ٢٠٣).

ذلك يختلف على البهيمة، ولا يصح حتى يعرف قدره؛ لأنه يختلف، فإن كان موزوناً ذكر وزنه، وإن كان مكيلاً ذكر كيله، فإن ذكر الوزن فهو أولى؛ لأنه أخصر وأبعد من الغرر، فإن عرف بالمشاهدة جاز، كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وإن لم يعرف كيلها[1].

فإن شرط أن يحمل عليها ما شاء بطل العقد؛ لأنه دخل في الشرط ما يقتل البهيمة، وذلك لا يجوز، فبطل به العقد.

فأما الظروف التي فيها المتاع، فإنه إن دخلت في وزن المتاع صح العقد؛ لأن الغرر قد زال بالوزن، وإن لم تدخل في وزن المتاع، نظرتَ: فإن كانت ظروفاً معروفة كالغرائر الجبلية، جاز العقد عليها من غير تعيين؛ لأنها لا تتفاوت، وإن كانت غير معروفة لم يجز حتى تعين؛ لأنها تختلف ولا تضبط بالصفة، فوجب تعيينه[2].

فصل [الظهر للسقي]:

فإن استأجر ظهراً للسقي لم يصح العقد حتى يعرف الظهر؛ لأنه لا يجوز إلاَّ على مدة، وذلك يختلف باختلاف الظهر، فوجب العلم به على الأظهر، ويجوز أن يعرف ذلك بالتعيين والصفة؛ لأنه يضبط بالصفة، فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والصفة، كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة.

ولا يصح حتى يعرف الدولاب؛ لأنه يتخلف ولا يعرف ذلك إلاَّ بالتعيين؛ لأنه لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه[3].

فصل [الظهر للحرث]:

وإن استأجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض؛ لأنه يختلف ذلك

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٢٠٤.

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٢٠٤، ٢٠٥.

(٣) انظر: الروضة ٥/ ٢٠٦.

بصلابة الأرض ورخاوتها، فإن كان على جربان[1] لم يفتقر إلى العلم بالظهر، لأنه لا يختلف، وإن كان على مدة وقلنا: إنه يصح لم يجز حتى يعرف الظهر الذي يحرث به؛ لأن العمل يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة[2]، لما ذكرناه في السقي.

فصل [الظهر للدياس]:

وإن استأجر ظهراً للدياس[3] لم يصح حتى يعرف الجنس الذي يداس؛ لأن العمل يختلف باختلافه[4]، فإن كان على زرع معين لم يفتقر إلى ذكر الحيوان الذي يداس به؛ لأنه لا غرض في تعيينه، فإن كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذي يداس به؛ لأن العمل يختلف باختلافه.

فصل [جارحة للصيد]:

وإن استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة؛ لأن الصيد يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة؛ لأنه يضبط بالصفة، ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصيد؛ لأن لكل صنف من الصيد تأثيراً في أتعاب الجارحة.

فصل [رجل للرعي]:

وإن استأجر رجلاً ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان؛ لأن لكل جنس من الماشية تأثيراً في أتعاب الراعي، ويجوز أن يعقد على جنس معين،

---

(١) جربان: جمع جريب ، وهي قطعة من الأرض معلومة الزرع، وقيل: هي مساحة مربعة، كل جانب منها ستون ذراعاً، فيكون مساحتها ٣٦٠٠ لبنة. (النظم ١/ ٣٩٧).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٢٠٦، ٢٠٧.

(٣) الدياس للزرع: هو استخراج الحب من السنبل، وأصله من داس الشيء برجله يدوسه دوساً إذا وطئه. (النظم ١/ ٣٩٧).

(٤) انظر: الروضة ٥/ ٢٠٧.

وعلى جنس في الذمة، فإن عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد؛ لأن العمل يختلف باختلافه، ومن أصحابنا من قال يجوز مطلقاً، ويحمل على ما جرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائة أو أقل أو أكثر، والأول أظهر؛ لأن ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد[١].

فصل [امرأة للرضاع]:

وإن استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبي الذي عقد على إرضاعه؛ لأنه يختلف الرضاع باختلافه، ولا يعرف ذلك إلاّ بالتعيين؛ لأنه لا يضبط بالصفة، ولا يصح حتى يذكر موضع الرضاع؛ لأن الغرض يختلف باختلافه[٢].

فصل [رجل للحفر]:

وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً أو نهراً لم يصح العقد حتى يعرف الأرض؛ لأن الحفر يختلف باختلافها، ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق[٣]؛ لأن الغرض يختلف باختلافها[٤].

وإن استأجر لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض، وما يبني به من الآجر واللبن، والجص والطين؛ لأن الأغراض تختلف باختلافها[٥].

وإن استأجره لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب، ويذكر الطول والعرض، والسمك، والعدد[٦]، وعلى هذا جميع الأعمال التي يستأجر عليها.

---

(١) نقل النووي تصحيح هذا القول عن «المهذب» وسكت عنه. (الروضة ٥/ ١٩٤).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ١٩٢، وانظر شروط عقد الرضاعة في (المجموع ١٤/ ٢٨٢).

(٣) العمق: هو الغور في أسفل الأرض. (النظم ١/ ٣٩٨).

(٤) انظر: الروضة ٥/ ١٩٢.

(٥) انظر: الروضة ٥/ ١٩٣.

(٦) انظر: الروضة ٥/ ١٩٣.

وإن كان فيما يختلف الغرض باختلافه ما لا يعرفه رجع فيه إلى أهل الخبرة، ليعقد على شرطه، كما إذا أراد أن يعقد النكاح، ولم يعرف شروط العقد، رجع إلى من يعرفه ليعقد بشروطه، وإن عجز عن ذلك فوضه إلى من يعرفه، ليعقد بشرطه، كما يوكل الأعمى في البيع والشراء من يشاهد المبيع.

فصل [رجل للقرآن]:

وإن استأجر رجلاً ليلقنه سورة من القرآن، لم يصح حتى يعرف السورة؛ لأن الغرض يختلف باختلافها، وإن كان على تلاوة عشر آيات من القرآن، لم يصح حتى يعينها؛ لأن آيات القرآن تختلف.

فإن كان على عشر آيات من سورة معينة، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأن الأعشار تختلف، والثاني: يصح[1]، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فعرضت نفسها عليه، فقال لها: اجلسي بارك الله فيك، أما نحن فلا حاجة لنا فيك، ولكن تُملِّكيننا أمرك، قالت: نعم، فنظر رسول الله ﷺ في وجوه القوم، فدعا رجلاً منهم فقال لها: إني أريد أن أزوجك هذا إن رضيت، فقالت: ما رضيت لي يا رسولَ الله فقد رضيت، ثم قال للرجل: هل عندك من شيء؟ قال: لا، والله يا رسول الله، قال: ما تحفظ من القرآن؟ قال: سورة البقرة، والتي تليها، قال: قم، فعلمها عشرين آية، وهي امرأتك»[2]، وهل

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، قال النووي: «الاستئجار لتعليم القرآن: فليعين السورة والآيات التي يعلمها، فإن أخل بأحدهما لم يصح على الأصح». (الروضة ٥/ ١٩٠).

(٢) حديث أبـي هريرة رواه البخاري من رواية سهل (٥/١٩٥٦ كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، ٥/١٩٦٨ كتاب النكاح، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح)، ومسلم من رواية سهل (٩/ ٢١١ كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن)، ورواه أبو داود من رواية سهل وأبـي هريرة، ولفظ رواية أبـي هريرة أقرب للألفاظ التي ذكرها المصنف. (١/ ٤٨٧ كتاب النكاح، باب التزويج على العمل يُعمل)، ورواه بقية أصحاب السنن (مختصر سنن أبـي داود ٤/ ٤٨، التلخيص الحبير ٣/ ٦٠).

يفتقر إلى تعيين الحرف[1]؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يصح حتى يعين الحرف، لأن الأغراض تختلف باختلاف الحرف، والثاني: لا يحتاج إلى تعيين الحرف، لأن ما بين الأحرف من الاختلاف قليل[2].

فـصـل [استئجار للحج]:

وإن استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر أنه إفراد، أو قران، أو تمتع؛ لأن الأغراض تختلف باختلافها، فأما موضع الإحرام فقال في «الأم»: لا يجوز حتى يعين، وقال في «الإملاء»: إذا استأجر أجيراً أحرم من الميقات، ولم يشرط التعيين، واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق المروزي: فيه قولان، أحدهما: لا يجوز حتى يعين؛ لأن الإحرام قد يكون من الميقات، وقد يكون من دويرة أهله، وقد يكون من غيرهما، فإذا أطلق صار العقد على مجهول، فلم يصح، والثاني: أنه يجوز من غير تعيين، ويحمل على ميقات الشرع، لأن الميقات معلوم بالشرع، فانصرف الإطلاق إليه كنقد البلد في البيع[3]، ومن أصحابنا من قال: إن كان الحج عن حي لم يجز حتى يعين، لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وإن كان عن ميت جاز من غير تعيين؛ لأنه لا يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وحمل القولين على هذين الحالين، ومنهم من قال: إن كان للبلد ميقاتان لم يجز حتى يبين؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فوجب بيانه، كالثمن في موضع فيه نقدان، وإن لم يكن له إلاَّ ميقات واحد، جاز من غير تعيين، كالثمن في موضع ليس فيه إلاَّ نقد واحد، وحمل القولين على هذين الحالين، فإن ترك التعيين،

---

(١) الحرف: هو الوجه من وجوه القراءة، كقراءة أبي عمرو ونافع، وقوله ﷺ: «أنزل القرآن على سبعة أحرف». الأحرف هي الوجوه والأنحاء التي تنحوها القراء، يقال: في حرف ابن مسعود كذا أي في وجهه الذي ينحرف إليه من وجوه القراءة. (النظم ١/ ٣٩٨).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، فلا يشترط تعيين قراءة معينة في الأصح. (الروضة ٥/ ١٩٠).

(٣) طريقة أبي إسحاق المروزي هي الراجحة، وأن المسألة على قولين في الأصح، وأظهر القولين لا يشترط تعيين الميقات، ويحمل على ميقات تلك البلدة. (الروضة ٣/ ١٩).

وقلنا: إنه لا يصح، فحج الأجير انعقد الحج للمستأجر، لأنه فعله بإذنه مع فساد العقد، فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة في بيع.

فصل [الأجرة المعلومة]:

ولا تصح الإجارة إلاّ على أجرة معلومة، لأنه عقد يقصد به العوض، فلم يصح من غير ذكر العوض، كالبيع(١)، ويجوز إجارة المنافع من جنسها، ومن غير جنسها؛ لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض، فكذلك المنافع(٢).

فصل [العوض معلوم]:

ولا تجوز إلاّ بعوض معلوم(٣)، لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»(٤)، ولأنه عقد معاوضة، فلم يجز بعوض مجهول كالبيع.

وإن عقد بمال جزاف، نظرت فإن كان العقد على منفعة في الذمة، ففيه قولان؛ لأن إجارة المنفعة في الذمة كالسلم، وفي السلم على مال جزاف قولان(٥)؛ فكذلك في الإجارة.

فإن كان العقد على منفعة معينة، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: يجوز

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ١٧٣.
(٢) انظر: الروضة ٥/١٧٦.
(٣) انظر: الروضة ٥/ ١٧٤.
(٤) حديث أبي سعيد رواه البيهقي (٦/ ١٢٠، ١٢١)، ورواه عبد الرزاق وإسحاق بن راهويه وأبو داود في المراسيل وغيرهم (التلخيص الحبير ٣/ ٦٠، المجموع ١٤/ ٢٨٦).
ورواه أحمد (٣/ ٥٩) بلفظ «أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره، وعن النجش، واللمس، وإلقاء الحجر».
(٥) انظر: الروضة ٤/ ٦.

قولاً واحداً؛ لأن إجارة العين كبيع العين، وفي بيع العين يجوز أن يكون العوض جزافاً؛ قولاً واحداً، فكذلك في الإجارة، ومنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: يجوز، والثاني: لا يجوز؛ لأنه عقد على منتظر، وربما انفسخ، فيحتاج إلى الرجوع إلى العوض، فكان في عوضه جزافاً قولان، كالسلم.

وإن كانت الإجارة على منفعة معينة جاز بأجرة حالّة ومؤجلة؛ لأن إجارة العين كبيع العين، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل؛ فكذلك الإجارة.

فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد، ويجب تسليمها بتسليم العين؛ لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أعطوا الأجيرَ أجرَه قبل أن يجف رشحه»[1]، ولأن الإجارة كالبيع، ثم في البيع يجب الثمن بنفس العقد، ويجب تسليمه بتسليم العين، فكذلك في الإجارة، فإن استوفى المنفعة استقرت الأجرة، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «قال رَبكم عز وجل: ثلاثة أنا خصمُهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره[2]»، ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل، كما لو قبض المبيع.

فإن سلم إليه العين التي وقع العقد على منفعتها، ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر البدل؛ لأن المعقود عليه تلف تحت يده، فاستقر عليه البدل

---

(١) حديث أبي هريرة أخرجه ابن ماجه من حديث ابن عمر، وقال في الزوائد: «أصله في صحيح البخاري وغيره من حديث أبي هريرة، لكن إسناد المصنف ضعيف».، (٢/ ٨١٧ كتاب الرهون، باب أجر الأجراء، ورواه البيهقي من حديث أبي هريرة (٦/ ١٢٠، ١٢١)، ورواه الطبراني، وقال ابن حجر: غلط بعض المتأخرين من الحنفية فعزاه لصحيح البخاري، وليس هو فيه. (التلخيص الحبير ٣/ ٥٩).

(٢) حديث أبي هريرة أخرجه البخاري (٢/ ٧٧٦ كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً، ٢/ ٧٩٢ كتاب الإجارة، باب إثم من منع أجر الأجير).

كالمبيع إذا تلف في يد المشتري[1].

فإن عرض العين على المستأجر، ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء، استقرت الأجرة، لأن المنافع تلفت باختياره، فاستقر عليه ضمانها، كالمشتري إذا أتلف المبيع في يد البائع، فإن كان هذا في إجارة فاسدة استقر عليه أجرة المثل؛ لأن الإجارة كالبيع، والمنفعة كالعين، ثم البيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل، فكذلك في الإجارة[2].

فإن كان العقد على منفعة في الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة؛ لأن إجارة ما في الذمة كالسلم، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل، فكذلك الإجارة، ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس، كما لا يجوز في السلم.

ومن أصحابنا من قال: إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس، لأنه سلم، وإن كان بلفظ الإجارة لم يجب، لأنه إجارة، والأول أظهر؛ لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم، ومعناه معنى السلم، فكان حكمه كحكمه، ولا تستقر الأجرة في هذه الإجارة إلاَّ باستيفاء المنفعة؛ لأن المعقود عليه في الذمة، فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه.

فصل [الإجارة على منفعة موصوفة]:

وما عقد من الإجارة على منفعة موصوفة في الذمة، يجوز حالاً ومؤجلاً في الذمة، كالسلم، والسلم يجوز حالاً ومؤجلاً، فكذلك الإجارة في الذمة[3].

وإن استأجر منفعة في الذمة، وأطلق، وجبت المنفعة حالة، كما إذا أسلم في شيء، وأطلق وجب حالاً.

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٥٨، الروضة ٥/٢٤٧.

(٢) انظر: الروضة ٥/٢٤٧.

(٣) قال النووي: «ويجوز تأجيل المنفعة في إجارة الذمة». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٣٨).

فإن استأجر رجلاً للحج في الذمة، لزمه الحج من سنته، فإن أخره عن السنة نظرتَ: فإن كانت الإجارة عن حي كان له أن يفسخ؛ لأن حقه تأخر، وله في الفسخ فائدة، وهو أن يتصرف في الأجرة فإن كانت عن ميت لم يفسخ؛ لأنه لا يمكن التصرف في الأجرة إذا فسخ العقد، ولا بد من استئجار غيره في السنة الثانية، فلم يكن للفسخ وجه[1].

وما عقد على منفعة معينة لا يجوز إلاً حالاً، فإن كان على مدة لم يجز إلاً على مدة يتصل ابتداؤها بالعقد، وإن كان على عمل معين لم يجز إلاً في الوقت الذي يمكن الشروع[2] في العمل؛ لأن إجارة العين كبيع العين، وبيع العين لا يجوز إلاً على ما يمكن الشروع في قبضها، فكذلك الإجارة فإن استأجر من يحج لم يجز إلاً في الوقت الذي يتمكن فيه من التوجه، فإن كان في موضع قريب لم يجز قبل أشهر الحج؛ لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد. وإن كان في موضع بعيد لا يدرك الحج إلاً أن يسير قبل أشهره لم يستأجر إلاً في الوقت الذي يتوجه بعده، لأنه وقت الشروع في الاستيفاء.

فإن قال: أجرتك هذه الدار شهراً لم يصح؛ لأنه ترك تعيين المعقود عليه في عقد شرط فيه التعيين فبطل[3]، كما لو قال: بعتك عبداً، فإن أجر داراً من رجل شهراً من وقت العقد، ثم أجرها منه الشهر الذي بعده قبل انقضاء الشهر الأول، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه إجارة منفعة معينة على مدة متأخرة عن العقد، فأشبه إذا أجرها من غيره، والثاني: أنه يصح، وهو المنصوص؛ لأنه ليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره، ولأن أحد شهريه لا ينفصل عن الآخر، فأشبه

---

(١) انظر: الروضة ٣/ ٢٢.

(٢) الشروع فيه: أي الدخول فيه، وابتداء العمل، وأصله الطريق إلى الماء. (النظم ١/ ٣٩٩).

(٣) خالف النووي رحمه الله تعالى ذلك، وأن العقد صحيح، وقال: «إذا قال أجرتك شهراً، أو قال: سنة، صح على الأصح، وحمل على ما يتصل بالعقد». (الروضة ٥/ ١٩٦).

إذا جمع بينهما في العقد[1].

فصل [الكراء من رجلين]:

فإن أكرى ظهراً من رجلين يتعاقبان عليه[2]، أو اكترى من رجل عقبة ليركب في بعض الطريق دون بعض، جاز، وقال المزني: لا يجوز اكتراء العقبة[3]، إلاَّ مضموناً؛ لأنه يتأخر حق أحدهما عن العقد، فلم يجز، كما لو أكراه ظهراً في مدة تتأخر عن العقد، والمذهب الأول؛ لأن استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد، وإنما يتأخر في القسمة، وذلك لا يمنع صحة العقد، كما لو باع من رجلين صبرة، فإنه يصح، وإن تأخر حق أحدهما عند القسمة، فإن كان ذلك في طريق فيه عادة في الركوب والنزول، جاز العقد عليه مطلقاً، وحملا في الركوب والنزول على العادة؛ لأنه معلوم بالعادة فحمل الإطلاق عليه كالنقد المعروف في البيع، وإن لم يكن فيه عادة لم يصح حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما؛ لأنه غير معلوم بالعادة، فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه، فإن اختلفا في البادىء في الركوب، أقرع بينهما، فمن خرجت عليه القرعة قدم؛ لأنهما تساويا في الملك فقدم بالقرعة.

فصل [شرط الخيار]:

وما عقد من الإجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار، لأن الخيار يمنع من التصرف، فإن حسب ذلك على المكري زدنا عليه المدة، وإن حسب على المكتري نقصنا من المدة[4]، وهل يثبت فيه خيار المجلس؟ فيه وجهان، أحدهما:

---

(١) هما وجهان، وقيل: قولان، أصحهما الثاني بالجواز لاتصال المدتين. (الروضة ٥/ ١٨٢).

(٢) يتعاقبان: يتناوبان، فينزل هذا نوبة، وهذا نوبة، والنهار والليل يتعاقبان، أي يجيء أحدهما بعقب الآخر. (النظم ١/ ٤٠٠).

(٣) اكتراء العقبة: أي النوبة. (النظم ١/ ٤٠٠).

(٤) انظر: الروضة ٣/ ٤٣٦.

لا يثبت؛ لما ذكرناه من النقصان والزيادة في خيار الشرط، والثاني: يثبت؛ لأنه قدر يسير، ولكل واحد منهما إسقاطه[١].

وإن كانت الإجارة على عمل معين، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: لا يثبت فيه الخياران؛ لأنه عقد على غرر، فلا يضاف إليه غرر الخيار، والثاني: يثبت فيه الخياران؛ لأن المنفعة المعينة كالعين المعينة في البيع ثم العين المعينة يثبت فيها الخياران؛ فكذلك المنفعة، والثالث: يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط؛ لأنه عقد على منتظر، فيثبت فيه خيار المجلس، دون خيار الشرط، كالسلم[٢].

وإن كانت الإجارة على منفعة في الذمة، ففيه وجهان، أحدهما: لا يثبت فيه الخياران؛ لأنه عقد على غرر، فلا يضاف إليه غرر الخيار، والثاني: يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط؛ لأن الإجارة في الذمة كالسلم، وفي السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط، فكذلك في الإجارة[٣].

فصل [لزوم العقد]:

وإذا تم العقد لزم، ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه من غير عيب؛ لأن الإجارة كالبيع ثم البيع إذا تم لزم، فكذلك الإجارة، وبالله التوفيق.

---

(١) نقل النووي في «الروضة» في كتاب البيع عن المصنف أنه رجح ثبوت خيار المجلس في الإجارة، ونقل عن الأكثرين أنه لا يثبت. (الروضة ٣/ ٤٣٥)، وذكر النووي في «المنهاج» عدم ثبوت خيار المجلس في الإجارة في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٤).

(٢) يبدو ترجيح الوجه الأول، وأنه لا يثبت الخياران في الإجارة على عمل معين. (وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٤، الروضة ٣/ ٤٣٦).

(٣) يبدو ترجيح الوجه الأول، وأنه لا يثبت الخياران في الإجارة على منفعة في الذمة. (وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٤، الروضة ٣/ ٤٣٦).

بـــاب
ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما

يجب على المكري ما يحتاج إليه المكتري للتمكين من الانتفاع، كمفتاح الدار، وزمام الجمل، والبُرة التي في أنفه[1]، والحزام، والقتب، والسرج، واللجام للفرس، لأن التمكين عليه، ولا يحصل التمكين إلاَّ بذلك[2].

فإن تلف شيء منه في يد المكتري لم يضمنه، كما لا يضمن العين المستأجرة، وعلى المكري بدله؛ لأن التمكين مستحق عليه إلى أن يستوفي المستأجر المنفعة.

وما يحتاج إليه لكمال الانتفاع كالدلو، والحبل، والمحمل، والغطاء، فهو على المكتري؛ لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع[3].

واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين إلى الآخر، فمنهم من قال: هو على المكري؛ لأنه من آلة التمكين، فكان على المكري، ومنهم من قال: هو على المكتري؛ لأنه بمنزلة تأليف المحمل، وضم بعضه إلى بعض[4].

---

(١) البرّة التي في أنفه: الزمام: الخيط الذي يشد في البرة، ثم يشد في طرفه المقود، وقد يسمى المقود زماماً، والبرة: حلقة من نحاس أو غيره يجعل في لحم أنف البعير، وقيل: إن كانت من صفر فهي برة، وإن كانت من شعر فهي خزامة، وإن كانت من خشب فهي خشاش. (النظم ١/ ٤٠٠).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٤٦، ٣٤٧، الروضة ٥/ ٢١١ ــ ٢١٩.

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٧، الروضة ٥/ ٢١٩.

(٤) الوجه الأول هو الراجح، ويكون الحبل الذي يشد به المحمل، والحبل الذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر على المكري، ونقل النووي الوجه الثاني عن المصنف، وقال عنه: «شاذ بعيد». (الروضة ٥/ ٢١٩).

فصل [التزامات المكري]:

وعلى المكري إشالة المحمل وحطه[1]، وسوق الظهر وقوده؛ لأن العادة أنه يتولاه المكري فحمل العقد عليه، وعليه أن ينزل الراكب للطهارة، وصلاة الفرض؛ لأنه لا يمكن ذلك على الظهر، ولا يجب ذلك للأكل، وصلاة النفل؛ لأنه يمكن فعله على الظهر، وعليه أن يبرك الجمل للمرأة، والمريض، والشيخ الضعيف؛ لأن ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع، فكان عليه[2].

فأما أجرة الدليل فينظر فيه، فإن كانت الإجارة على تحصيل الراكب فهو على المكري؛ لأن ذلك من مؤن التحصيل، وإن كانت الإجارة على ظهر بعينه فهو على المكتري؛ لأن الذي يجب على المكري تسليم الظهر، وقد فعل.

وعلى المكري تسليم الدار فارغة الحش[3]؛ لأنه من مقتضى التمكين، فإن امتلأ في يد المكتري، ففي كسحه[4] وجهان، أحدهما: أنه على المكري؛ لأنه من مقتضى التمكين، فكان عليه، والثاني: أنه على المكتري ؛ لأنه حصل بفعله، فكان تنقيته عليه[5]، كتنظيف الدار من القماش[6].

وعلى المكري إصلاح ما تهدم من الدار، وإبدال ما تكسر من الخشب؛ لأن ذلك من مقتضى التمكين، فكان عليه[7].

---

(١) إشالة الحمل: أي رفعه على الظهر، وحطه: أي وضعه على الأرض، يقال: أشلت الجرة فشالت، وشلت بالجرة أشول بها شولاً: رفعتها. (النظم ١/ ٤٠١).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٨، الروضة ٥/ ٢٢١.

(٣) الحش: الكنيف، وأصله النخل المجتمع. (النظم ١/ ٤٠١).

(٤) كسحه: أي كنسه، كسحت البئر: كنستها، والمكسحة: المكنسة. (النظم ١/ ٤٠١).

(٥) الوجه الثاني هو الراجح، ويكون كسح الحش إذا امتلأ على المكتري في الأصح، لكن لا يلزم التنقية عند انقضاء المدة. (الروضة ٥/ ٢١١، ٢١٢).

(٦) القماش: ما يجتمع في البيت فيكنسه، وأصل القمش: الجمع من ههنا وههنا، والقماش: متاع البيت. (النظم ١/ ٤٠١).

(٧) انظر: الروضة ٥/ ٢٠١.

واختلف أصحابنا في المستأجرة على الرضاع، هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق؟ فمنهم من قال: يلزمها، لأن الحضانة تابعة للرضاع، فاستحقت بالعقد على الرضاع، ومنهم من قال: لا يلزمها؛ لأنهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى، فلا تلزم بالعقد على إحداهما الأخرى[(١)].

وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن، ويصلح به، وللمستأجر أن يطالبها بذلك؛ لأنه من مقتضى التمكين من الرضاع، وفي تركه إضرار بالصبي[(٢)].

فصل [بقية التزامات المكري]:

وعلى المكري عَلْف الظهر[(٣)] وسقيه، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه، فإن هرب الجمّال، وترك الجمال، فللمستأجر أن يرفع الأمر إلى الحاكم، ليحكم في مال الجمال بالعلف؛ لأن ذلك مستحق عليه، فجاز أن يتوصل بالحكم إليه، فإن أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم لم يرجع؛ لأنه متطوع، وإن رفع الأمر إلى الحاكم، ولم يكن للجمال مال اقترض عليه، فإن اقترض من المستأجر وقبضه منه، ثم دفعه إليه لينفق، جاز، وإن لم يقبض منه، ولكنه أذن له في الإنفاق عليها قرضاً على الجمّال، ففيه قولان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه إذا أنفق احتجنا أن يقبل قوله في استحقاق حق له على غيره، والثاني: يجوز؛ لأنه موضع ضرورة، لأنه لا بد للجمال من علف،

---

(١) في استتباع الحضانة للإرضاع والعكس عند الإطلاق ثلاثة أوجه، الأصح منع الاستتباع وهو الوجه الثاني الذي ذكره المصنف. (الروضة ٥/ ٢٠٨).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٢٠٩.

(٣) عَلْف الظهر: بإسكان اللام، هو المصدر، والعَلَف بالفتح هو الاسم لما تعلفه الدابة من الحشيش والشعير وغيره، كالقبْض والقبَض، والسبْق والسبَق، والمَحْمِل: واحد محامل الحاج، بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، كالمَوْضِع، لأنه موضع الركوب، والمحمل مثل المرجل علاقة السيف، وهو السير الذي يتقلده المقلد، والمَحْمَل: بفتح الميمين هو المصدر، مثل قوله ﷺ: «لا تردوا الطيب فإنه خفيف المحمل». (النظم ١/ ٤٠١).

وليس ههنا من ينفق غيره[1].

فإن أذن له وأنفق، ثم اختلفا في قدر ما أنفق، فإن كان ما يدعيه زيادة على المعروف لم يلتفت إليه؛ لأنه إن كان كاذباً فلا حق له، وإن كان صادقاً فهو متطوع بالزيادة، فلم تصح الدعوى، وإن كان ما يدعيه هو المعروف، فالقول قوله؛ لأنه مؤتمن في الإنفاق، فقبل قوله فيه[2].

فإن لم يكن حاكم، فأنفق ولم يشهد، لم يرجع؛ لأنه متطوع، وإن أشهد فهل يرجع؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يرجع؛ لأنه يثبت حقاً لنفسه على غيره من غير إذن ولا حاكم، والثاني: يرجع؛ لأنه حق على غائب تعذر استيفاؤه منه، فجاز أن يتوصل إليه بنفسه[3]، كما لو كان له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه، فإن لم يجد من يشهد أنفق، وفي الرجوع وجهان، أحدهما: لا يرجع، لما ذكرناه فيه إذا أشهد، والثاني: يرجع؛ لأن تَرْكَ الجمال مع العلم أنه لا بد لها من العلف إذن في الإنفاق[4].

فـصــل [رد المستأجَر]:

واختلف أصحابنا في رد المستأجر بعد انقضاء الإجارة، فمنهم من قال: لا يلزمه قبل المطالبة؛ لأنه أمانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة، ومنهم من قال: يلزمه؛ لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها، فلزمه الرد

---

(١) القول الثاني هو الراجح، ويجوز للحاكم أن يأذن للمكتري بالإنفاق على الدابة على الأظهر، كما لو اقترض منه، ثم دفعه عليه، ولأنه محل ضرورة. (الروضة ٥/ ٢٤٦).

(٢) يقبل قول المكتري على الصحيح، وقيل: الجمَّال (الروضة ٥/ ٢٤٦).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ويرجع المستأجر، لأن الإشهاد في هذه الحالة كالإذن أو الحكم، كما مرَّ في المساقاة ص ٥٠٦ هـ ١. (وانظر: الروضة ٥/ ٢٤٦).

(٤) الوجه الأول هو الراجح، ولا يرجع المستأجر إذا لم يشهد في الأصح عند الجمهور، لأنه عذر نادر (الروضة ٥/ ١٦١، ٢٤٦، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٣٠).

كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها[1]، فإن قلنا لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة، وإن قلنا: يلزمه لزمه مؤنة الرد كالعارية.

فصل [استيفاء المنفعة]:

وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف، لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف، والمتعارف كالمشروط.

فإن استأجر داراً للسكنى جاز أن يطرح فيها المتاع؛ لأن ذلك متعارف في السكنى، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب، ولا يقصر فيها الثياب، ولا يطرح في أصول حيطانها الرماد والتراب؛ لأن ذلك غير متعارف في السكنى[2]، وهل يجوز أن يطرح فيها ما يسرع إليه الفساد؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأن الفأر ينقب الحيطان للوصول إلى ذلك، والثاني: يجوز، وهو الأظهر؛ لأن طرح ما يسرع إليه الفساد من الطاهر المأكول متعارف في سكنى الدار، فلم يجز المنع منه[3].

وإن اكترى قميصاً للبس، لم يجز أن ينام فيه بالليل، ويجوز بالنهار؛ لأن العرف أن يخلع لنوم الليل دون نوم النهار[4].

وإن استأجر ظهراً للركوب ركب عليه لا مستلقياً ولا منكباً[5]؛ لأن ذلك هو المتعارف.

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ولا يلزم المستأجر رد العين، بل التخلية بينها وبين المالك. (الروضة ٥/ ٢٢٦، مغني المحتاج ٢/ ٣٥١).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٢١٢.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ويجوز طرح ما يسرع إليه الفساد في الأصح لأنه معتاد. (الروضة ٥/ ٢١٢).

(٤) هذا هو الأصح، وقطع به الأكثرون للعادة، وفيه وجه آخر أنه لا يجوز. (الروضة ٥/ ٢٢٥).

(٥) يقال في اللغة: استلقى على قفاه، وانكب على وجهه، وفي الفقه معناه وصورته في قول أبي إسحاق: المكبوب أن يضيق قيد المحمل من مؤخر البعير، ويوسع قيد =

وإن كان في طريق العادة فيه السير في أحد الزمانين من ليل أو نهار، لم يسر في الزمان الآخر؛ لأن ذلك هو المتعارف، وإن اكترى ظهراً في طريق العادة فيه النزول للرواح[1]، ففيه وجهان، أحدهما: يلزمه النزول؛ لأن ذلك متعارف، والمتعارف كالمشروط، والثاني: لا يلزمه؛ لأنه عقد على الركوب في جميع الطريق، فلا يلزمه تركه في بعضه[2].

فإن اكترى ظهراً إلى مكة لم يجز أن يحج عليه؛ لأن ذلك زيادة على المعقود عليه، وإن اكتراه للحج عليه، فله أن يركبه إلى منى، ثم إلى عرفة، ثم إلى المزدلفة، ثم إلى منى، ثم إلى مكة[3].

وهل يجوز أن يركبه من مكة عائداً إلى منى للمبيت والرمي؟ فيه وجهان، أحدهما: له ذلك؛ لأنه من تمام الحج، والثاني: ليس له؛ لأنه قد حل من الحج[4].

فصل [تبديل المحمول]:

فإن اكترى ليحمل له أرطالاً من الزاد، فهل له أن يبدل ما يأكله؟ فيه قولان،

= المحمل من مقدم البعير، والمستلقي: أن يوسع مؤخره، ويضيق مقدمه، والمكبوب أسهل على الجمل، والمستلقي أسهل على الراكب، ومنهم من قال: المكبوب أن يضيق قيد المحمل من مقدم المحمل ومن المؤخر، والمستلقي أن يوسعهما. (النظم ١/ ٤٠٢، الروضة ٥/ ٢٢٢).

(١) الرواح: يعني راحة الدابة، وقيل: السير بعد العصر (النظم ١/ ٤٠٢).

(٢) في المسألة تفصيل، فلا يجب النزول على المرأة والمريض والشيخ العاجز ومن كانت له وجاهة ظاهرة وشهرة يخل بمروءته في العادة المشي، وفي الرجل القوي وجهان، والأصح وجوب النزول عند العقبات دون الإراحة. (الروضة ٥/ ٢٢٢).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ٢٢٣.

(٤) الوجه الأول هو الراجح، وللمستأجر العودة إلى منى، لأن الحج لم يفرغ. (الروضة ٥/ ٢٢٣).

أحدهما: له أن يبدل، وهو اختيار المزني، كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء، والثاني: ليس له أن يبدله؛ لأن العادة أن الزاد يشترى موضعاً واحداً، بخلاف الماء[١].

قال أبو إسحاق: هذا إذا لم تختلف قيمة الزاد في المنازل، فأما إذا كانت قيمته تختلف في المنازل، جاز له أن يبدله قولاً واحداً؛ لأن له غرضاً أن لا يشتري موضعاً واحداً.

فصل [ما يحتاج إليه لاستيفاء المنفعة]:

وإن اكترى ظهراً فله أن يضربه ويكبحه باللجام[٢]، ويركضه بالرجل للاستصلاح، لما روى جابر قال: «سافرت مع رسول الله ﷺ فاشترى مني بعيراً، وحملني عليه إلى المدينة، وكان يسوقه وأنا راكبه، وإنه ليضربه بالعصا[٣]»، ولا يتوصل إلى استيفاء المنفعة إلاَّ بذلك، فجاز له فعله.

فصل [استيفاء مثل المنفعة]:

وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها، وما دونها في الضرر، ولا يملك أن يستوفي ما فوقها في الضرر.

فإن اكترى ظهراً ليركبه في طريق، فله أن يركبه في مثله، وما دونه في الخشونة[٤]، ولا يركبه فيما هو أخشن منه.

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، قال النووي: «فإن فني (الطعام) كله أبدله على الصحيح، وإن فني بعضه أبدله على الأظهر». (الروضة ٥/ ٢٢٠، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٩).

(٢) كبحت الدابة إذا جذبتها إليك باللجام لتقف. (النظم ١/ ٤٠٢).

(٣) حديث جابر أخرجه البخاري (٢/ ٧٣٩ كتاب البيوع، باب شراء الدواب والحمير، ٢/ ٨١١ كتاب الوكالة، باب إذا وكل رجل أن يعطي شيئاً)، وفي هذه الرواية «فأعطيته قضيباً فضربه فزجره»، ورواه مسلم (١١/ ٣١ كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه)، والحديث له طرق كثيرة، وفي بعضها أن ذلك كان في رجوعهم من غزوة تبوك. (التلخيص الحبير ٣/ ٦٠).

(٤) الخشونة في الطريق أن يكون معها حجارة أو حصى وشبه ذلك. (النظم ١/ ٤٠٢).

فإن استأجر أرضاً ليزرع فيها الحنطة، فله أن يزرع مثلها، وما دونها في الضرر، ولا يزرع ما فوقها؛ لأن في مثلها يستوفي قدر حقه، وفيما دونها يستوفي بعض حقه، وفيما فوقها يستوفي أكثر من حقه[1].

فإن اكترى ظهراً ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد؛ لأنه أضر على الظهر من القطن، لاجتماعه وثقله، فإن اكتراه للحديد لم يحمل عليه القطن؛ لأنه أضر من الحديد؛ لأنه يتجافى ويقع فيه الريح، فيتعب الظهر[2].

فإن اكتراه ليركبه بسرج، لم يجز أن يركبه عرياً، لأن ركوبه عرياً أضر، فإن اكتراه عرياً لم يركبه بسرج، لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه.

فإن اكترى ظهراً ليركبه لم يجز أن يحمل عليه المتاع؛ لأن الراكب يعين الظهر بحركته، والمتاع لا يعينه، فإن اكتراه لحمل المتاع، لم يجز أن يركبه؛ لأن الراكب أشد على الظهر؛ لأنه يقعد في موضع واحد، والمتاع يتفرق على جنبيه.

فإن اكترى قميصاً للبس لم يجز أن يتزر به؛ لأن الاتزار أضر من اللبس؛ لأنه يعتمد فيه على طاقين، وفي اللبس يعتمد فيه على طاق[3] واحد، وهل له أن يرتدي به؟ فيه وجهان أحدهما: يجوز؛ لأنه أخف من اللبس، والثاني: لا يجوز؛ لأنه استعمال غير معروف، فلا يملكه كالاتزار[4].

فصل [الاستيفاء بنفسه وبغيره]:

وله أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره[5]، فإن اكترى داراً ليسكنها فله أن

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٢١٦.
(٢) انظر: الروضة ٥/ ٢١٧.
(٣) الطاق: العطف من أعطاف الثوب، والطاقان عطفان، والطاق أيضاً ما عطف من الآنية، والجمع الطاقات، والطيقان، ويقال: طاق نعل، وطاق ريحان. (النظم ١/ ٤٠٢).
(٤) الوجه الأول هو الراجح، ويجوز الارتداء على الأصح. (الروضة ٥/ ٢٢٥).
(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٠، الروضة ٥/ ٢٢٤.

يسكنها مثله، ومن هو دونه في الضرر، ولا يسكنها من هو أضر منه، فإن اكترى ظهراً ليركبه، فله أن يركبه مثله، ومن هو أخف منه، ولا يركبه من هو أثقل منه، لما ذكرناه في الفصل قبله.

فصل [الشرط في استيفاء المنفعة]:

فإن استأجر عيناً لمنفعة، وشرط عليه أن لا يستوفي مثلها، أو دونها، أو لا يستوفيها لمن هو مثله، أو دونه، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أن الإجارة باطلة؛ لأنه شرط فيها ما ينافي موجبها، فبطلت، والثاني: أن الإجارة جائزة، والشرط باطل؛ لأنه شرط لا يؤثر في حق المؤجر، فألغي وبقي العقد على مقتضاه، والثالث: أن الإجارة جائزة، والشرط لازم، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر، فلا يملك ما لم يرض به[(١)].

فصل [المستأجر يؤجر العين]:

وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها، لأن الإجارة كالبيع، وبيع المبيع يجوز بعد القبض، فكذلك إجارة المستأجر، ويجوز من المؤجر وغيره، كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره، وهل يجوز قبل القبض؟ فيه ثلاثة أوجه، أحدها: لا يجوز، كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض، والثاني: يجوز؛ لأن المعقود عليه هو المنافع، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر فيها قبض العين، والثالث: أنه يجوز إجارتها من المؤجر؛ لأنها في قبضته، ولا يجوز من غيره، لأنها ليست في قبضته.

ويجوز أن يؤجرها برأس المال، وبأقل منه، وبأكثر، لأنا بينا أن الإجارة بيع، وبيع المبيع يجوز برأس المال، وبأقل منه، وبأكثر منه، فكذلك الإجارة.

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، لأن الشرط ينافي مقتضى الإجارة. (مغني المحتاج ٢/ ٣٥٠).

فصل [استيفاء الأكثر]:

وإن استأجر عيناً لمنفعة، فاستوفى أكثر منها، فإن كانت زيادة تتميز، بأن اكترى ظهراً ليركبه إلى مكان، فجاوز، أو ليحمل عليه عشرة أقفزة، فحمل عليه أحد عشر قفيزاً، لزمه المسمى لما عقد عليه، وأجرة المثل لما زاد؛ لأنه استوفى المعقود عليه، فاستقر عليه المسمى، واستوفى زيادة، فلزمه ضمان مثلها، كما لو اشترى عشرة أقفزة، فقبض أحد عشر قفيزاً(١).

فإن كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى أرضاً ليزرعها حنطة، فزرعها دخناً، فقد اختلف أصحابنا فيه، فذهب المزني وأبو إسحاق: إلى أن المسألة على قولين، أحدهما: يلزمه أجرة المثل للجميع؛ لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره، فلزمه ضمان المثل، كما لو اكترى أرضاً للزراعة، فزرع أرضاً أخرى، والثاني: يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة؛ لأنه استوفى ما استحقه وزيادة، فأشبه إذا استأجر ظهراً إلى موضع، فجاوزه(٢).

وذهب القاضي أبو حامد المروروذي إلى أن المسألة على قول واحد، وأن صاحب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة، وبين أن يأخذ أجرة المثل للجميع؛ لأنه أخذ شبهاً ممن استأجر ظهراً إلى مكان فجاوزه، وشبهاً ممن اكترى أرضاً للزرع، فزرع غيرها، فخير بين الحكمين.

فصل [تبديل العين]:

وإن أجره عيناً، ثم أراد أن يبدلها بغيرها، لم يملك؛ لأن المستحق معين، فلم يملك إبداله بغيره، كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها(٣).

---

(١) قال النووي: «لزمه أجرة المثل للزيادة». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٣).

(٢) فجاوزه: أي تعداه إلى غيره، ومنه قوله تعالى: ﴿فلما جاوزا قال لفتاه: آتنا غداءنا﴾ [الكهف: ٦٢]، أي خلفاً. (النظم ١/ ٤٠٣).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٠.

فصل [الاستئجار مدة للزراعة]:

فإن استأجر أرضاً مدة للزراعة، فأراد أن يزرع ما لا يستحصد في تلك المدة، فقد ذكر بعض أصحابنا، أنه لا يجوز؛ وللمؤجر أن يمنعه من زراعته[1]، فإن بادر المستأجر، وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة، ويحتمل عندي: أنه لا يجوز منعه من الزراعة؛ لأنه يستحق الزراعة إلى أن تنقضي المدة، فلا يجوز منعه قبل انقضاء المدة، ولأنه لا خلاف أنه إن سبق وزرع لم يجبر على نقله، فلا يجوز منعه من زراعته.

فصل [الاستئجار للزرع]:

وإن اكترى أرضاً مدة للزرع، لم يخل إما أن يكون لزرع مطلق، أو لزرع معين، فإن كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع، نظرتَ: فإن كان بتفريط منه بأن زرع صنفاً لا يستحصد في تلك المدة، أو صنفاً يستحصد في المدة، إلاّ أنه أخَّر زراعته فللمكري أن يأخذه بنقله؛ لأنه لم يعقد إلاّ على المدة، فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط المكتري[2]، فإن لم يستحصد لشدة البرد أو قلة المطر، ففيه وجهان، أحدهما: يجبر على نقله؛ لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة في مدة الإجارة، فإذا لم يفعل لم يلزم المكري أن يستدرك له ما تركه، والثاني: لا يجبر، وهو الصحيح؛ لأنه تأخر من غير تفريط منه[3]، فإن قلنا: يجبر على نقله. وتراضيا على تركه بإجارة أو إعارة، جاز؛ لأن النقل لحق المكري، وقد رضي بتركه، وإن قلنا: لا يجبر، فعليه المسمى إلى انقضاء

---

(١) وهذا ما أيده النووي، فقال: «للمالك منعه من زراعة ما هو أبطأ إدراكاً» (الروضة ٥/ ٢١٣)، وهذا خلاف ما رجحه المصنف، وأشار إليه النووي. (الروضة ٥/ ٢١٤).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٢١٣.

(٣) الوجه الثاني الذي صححه المصنف هو الراجح، فالصحيح أنه لا يجبر على القلع. (الروضة ٥/ ٢١٤).

المدة بحكم العقد، وأجرة المثل لما زاد[1]؛ لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمستأجر في نقل زرعه، لا يجوز الإضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه.

فإن كان لزرع معين لا يستحصد في المدة، وانقضت المدة، والزرع قائم، نظرتَ: فإن شرط عليه القلع، فالإجارة صحيحة، لأنه عقد على مدة معلومة، ويجبر على قلعه؛ لأنه دخل على هذا الشرط، فإن تراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز؛ لما ذكرناه، وإن شرط التبقية بعد المدة، فالإجارة باطلة، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، فأبطله، فإن لم يزرع كان لصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة، لأنها زراعة في عقد باطل، فإن بادر وزرع لم يجبر على القلع؛ لأنه زرع مأذون فيه، وعليه أجرة المثل؛ لأنه استوفى منفعة الأرض بإجارة فاسدة[2].

فإن أطلق العقد، ولم يشرط التبقية ولا القلع، ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبـي إسحاق: أنه يجبر على قلعه؛ لأن العقد إلى مدة، وقد انقضت فأجبر على قلعه كالزرع المطلق، والثاني: لا يجبر؛ لأنه دخل معه على العلم بحال الزرع، وأن العادة فيه الترك إلى الحصاد فلزمه الصبر عليه، كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح وقبل الإدراك[3].

ويخالف هذا إذا اكترى لزرع مطلق؛ لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد في المدة، فإذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجبر على قلعه، وههنا هو زرع معني علم المكري أنه لا يستحصد في تلك المدة، فإذا قلنا: يجبر فتراضيا على تركه بإجارة، أو إعارة، جاز؛ لما ذكرناه، وإن قلنا: لا يجبر لزمه المسمى للمدة، وأجرة المثل للزيادة[4]؛ لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكتري في نقل زرعه، لا يجوز الإضرار بالمكري في إبطال منفعة أرضه.

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٢١٤.

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٢١٤.

(٣) إن أطلقا العقد صح العقد على الأصح، وليس للمالك إجباره على القلع على الأصح، وهو الوجه الثاني المذكور. (الروضة ٥/ ٢١٤).

(٤) قال النووي: «الأصح أن له أجرة المثل للزيادة، وقيل: لا». (الروضة ٥/ ٢١٤).

فصل [استئجار أرض للغراس]:

وإن اكترى أرضاً للغراس مدة، لم يجز أن يغرس بعد انقضائها؛ لأن العقد يقتضي الغرس في المدة فلم يملك بعدها؛ فإن غرس في المدة، وانقضت المدة، نظرتَ: فإن شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه[1]، ولا يبطل العقد بهذا الشرط؛ لأن الذي يقتضيه العقد هو الغراس في المدة، وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك، وإنما يمنع من التبقية بعد المدة، والتبقية بعد المدة من مقتضى الإذن؛ لا من مقتضى العقد، فلم يبطل العقد بإسقاطها.

فإذا قلع لم يلزمه تسوية الأرض، لأنه لما شرط القلع رضي بما يحصل به من الحفر، فإن أطلق العقد ولم يشترط القلع، ولا التبقية، لم يلزمه القلع؛ لأن تفريغ المستأجر على حَسَب العادة[2]، ولهذا لو اكترى داراً وترك فيها متاعاً، وانقضت المدة، لم يلزمه تفريغها إلاَّ على حسب العادة في نقل مثله، والعادة في الغراس التبقية إلى أن يجف ويستقلع.

فإن اختار المكتري القلع، نظرتَ: فإن كان ذلك قبل انقضاء المدة، ففيه وجهان، أحدهما: يلزمه تسوية الأرض؛ لأنه قلع الغراس من أرض غيره بغير إذنه فلزمه تسوية الأرض، والثاني: لا يلزمه؛ لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد[3].

فإن كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجهاً واحداً؛ لأنه قلع الغراس من أرض غيره من غير إذن ولا يد[4].

فإن اختار التبقية، نظرتَ: فإن أراد صاحب الأرض أن يدفع إليه قيمة

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٢١٤، ٢١٥.
(٢) حَسَب العادة: بفتح السين أي على قدر. (النظم ١/ ٤٠٤).
(٣) الوجه الأول هو الراجح، ويلزمه التسوية على الأصح لعدم الإذن. (الروضة ٥/ ٢١٥).
(٤) انظر: الروضة ٥/ ٢١٥.

الغراس، ويتملكه، أجبر المكتري على ذلك؛ لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة، فإن أراد أن يقلعه نظرتَ: فإن كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع أجبر المكتري على القلع؛ لأنه لا ضرر عليه في القلع، فإن كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع، فإن ضمن له أرش ما نقص بالقلع أجبر عليه؛ لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرش، فإن أراد أن يقلع، ولا يضمن أرش النقص، لم يجبر المكتري[1].

وقال المزني: يجبر؛ لأنه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه، وهذا خطأ؛ لأن في قلع ذلك من غير ضمان الأرش إضراراً بالمكتري؛ والضرر لا يزال بالضرر.

فإن اختار أن يقر الغراس في الأرض، ويطالب المكتري بأجرة المثل، أجبر المكتري؛ لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكتري بالقلع من غير ضمان، لا يجوز الإضرار بالمكري بإبطال منفعة الأرض عليه من غير أجرة.

فإن أراد المكتري أن يبيع الغراس من المكري جاز، وإن أراد بيعه من غيره، ففيه وجهان، وقد بيناهما في كتاب العارية[2].

فإن اكترى بشرط التبقية بعد المدة جاز؛ لأن إطلاق العقد يقتضي التبقية، فلا يبطل بشرطها، والحكم في القلع والتبقية على ما ذكرناه فيه إذا أطلق العقد[3].

فصل [الأرض بإجارة فاسدة]:

فإن اكترى أرضاً بإجارة فاسدة، وغرس كان حكمها في القلع والإقرار على ما بيناه في الإجارة الصحيحة؛ لأن الفاسد كالصحيح فيما يقتضيه من القلع

(١) انظر: الروضة ٥/ ٢١٥.

(٢) سبق بيان ذلك صفحة ٤٠٤ وما بعدها، وأن فيه وجهين، والصحيح الوجه الأول أنه يجوز للمستعير أن يبيع الغراس من غير المعير. (الروضة ٤/ ٤٣٩).

(٣) وهو المذكور في الفصل السابق صفحة ٥٤٥ هـ ٣.

والإقرار، فكان حكمهما واحداً[١]. وبالله التوفيق.

بـــاب
ما يوجب فسخ الإجارة

إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً جاز له أن يرد؛ لأن الإجارة كالبيع، فإذا جاز رد المبيع بالعيب، جاز رد المستأجر، وله أن يرد بما يحدث في يده من العيب؛ لأن المستأجر في يد المستأجر كالمبيع في يد البائع، فإذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب في يد البائع، جاز رد المستأجر بما يحدث من العيب في يد المستأجر.

فـصــل [العيب الذي يرد به]:

والعيب الذي يرد به: ما تنقص به المنفعة كتعثر الظهر[٢] في المشي، والعرج الذي يتأخر به عن القافلة، وضعف البصر، والجذام، والبرص في المستأجر للخدمة، وانهدام الحائط في الدار، وانقطاع الماء في البئر والعين، والتغير الذي يمتنع به الشرب أو الوضوء، وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة[٣].

فأما إذا اكترى ظهراً فوجده خشين المشي[٤] لم يرد؛ لأن ذلك لا تنقص به المنفعة[٥].

---

(١) قال النووي: «الإجارة الفاسدة للغراس والبناء كالصحيحة في تخيير المالك ومنع القلع مجاناً». (الروضة ٥/٢١٦)، وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٥٨.

(٢) كتعثر الظهر: أي سقوطه وقت المشي، وأن يكون ذلك عادة منه فيعد عيباً. (النظم ١/٤٠٥).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ٢٣٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٨.

(٤) خشين المشي: أي يمشي بعنف وشدة ليس باللين الوطء. (النظم ١/ ٤٠٥).

(٥) الراجح أن خشونة المشي للدابة ليس بعيب، وخالف ابن الرفعة والزركشي (مغني المحتاج ٣٤٨/٢).

وإن اكترى ظهراً للحج عليه، فعجز عن الخروج بالمرض، أو ذهاب المال، لم يجز له الرد.

وإن اكترى حماماً فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد؛ لأن المعقود عليه باق، وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره، فلم يجز له الرد، كما لو اشترى ظهراً ليحج عليه، فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال[١].

وإن اكترى أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر، أو شدة برد، أو دوام ثلج، أو أكل جراد، لم يجز له الرد؛ لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض، فلم يجز له الرد[٢].

وإن اكترى داراً فتشعثت[٣]، فبادر المكري إلى إصلاحها لم يكن للمستأجر ردها؛ لأنه لا يلحقه الضرر، فإن لم يبادر ثبت له الفسخ؛ لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة، فإن رضي سكناها ولم يطالب بالإصلاح، فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يلزمه جميع الأجرة، لأنه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة، فلم يلزمه جميع الأجرة، كما لو اكترى داراً سنة فسكنها بعض السنة، ثم غصبت، والثاني: يلزمه جميع الأجرة، لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصاً بالعيب، فلزمه جميع البدل[٤]، كما لو اشترى عبداً فتلفت يده في يد البائع، ورضي به.

---

(١) هذه الأمثلة تقع تحت عنوان «عدم فسخ الإجارة للأعذار». (انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٥، الروضة ٥/ ٢٣٩).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٥.

(٣) تشعثت: أي بدأ بها الخراب، مأخوذ من شعث الرأس، وهو اغبراره، وانتشار شعره، وتفرقه، لأن أجزاءها تنتشر مفرقة على تأليفها وتغير جصها. (النظم ١/ ٤٠٥).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ويلزمه جميع الأجرة، قال النووي: «إن شاء فسخ، ولا شيء عليه، وإن شاء أجاز بجميع الأجرة». (الروضة ٥/ ٢٣٩).

فصل [الرد بالعيب وانفساخ العقد]:

ومتى رد المستأجر العين بالعيب، فإن كان العقد على عينها انفسخ العقد؛ لأنه عُقد على معين، فانفسخ برده، كبيع العين، وإن كان العقد على موصوف في الذمة، لم ينفسخ العقد برد العين، بل يطالب ببدله؛ لأن العقد على ما في الذمة، فإذا رد العين رجع إلى ما في الذمة، كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فردَّه[١].

فصل [موت العبد المستأجر]:

وإن استأجر عبداً فمات في يده، فإن كان العقد على موصوف في الذمة، طالب ببدله، لما ذكرناه في الرد بالعيب.

وإن كان العقد على عينه، فإن لم يمض من المدة ما له أجرة انفسخ العقد، وقال أبو ثور من أصحابنا: لا ينفسخ، بل يلزم المستأجر الأجرة؛ لأنه هلك بعد التسليم، فلم ينفسخ العقد، كما لو هلك المبيع بعد التسليم، فلم ينفسخ العقد، والمذهب الأول؛ لأن المعقود عليه هو المنافع وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد، كالمبيع إذا هلك قبل القبض[٢].

وإن مضى من المدة ما له أجرة انفسخ العقد فيما بقي بتلف المعقود عليه، وفيما مضى طريقان، أحدهما: لا ينفسخ فيه العقد قولاً واحداً، والثاني: أنه على قولين بناء على الطريقين في الهلاك الطارىء[٣] في بعض المبيع قبل القبض، هل هو كالهلاك المقارن للعقد أم لا؟ لأن المنافع في الإجارة كالمبيع قبل القبض، وفي المبيع قبل القبض طريقان، فكذلك الإجارة[٤].

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٤٨، ٣٤٩، الروضة ٥/ ٢٣٩.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/٣٥٦، الروضة ٥/ ٢٤٠.

(٣) الهلاك الطارىء: هو الحادث. (النظم ١/٤٠٦).

(٤) الطريق الثاني هو الراجح، وأن المسألة على قولين، والراجح أن الإجارة لا تنفسخ في الماضي في الأظهر، ويستقر قسطه من الأجر المسمى. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٥٦، الروضة ٥/ ٢٤٠).

فصل [انهدام الدار]:

وإن اكترى داراً فانهدمت، فقد قال في «الإجارة»: ينفسخ العقد، وقال في «المزارعة»: إذا اكترى أرضاً للزراعة فانقطع ماؤها إن المكتري بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ، واختلف أصحابنا فيهما على طريقين، فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، فخرجهما على قولين، وهو الصحيح، أحدهما: أن العقد ينفسخ فيهما؛ لأن المنفعة المقصودة هي السكنى والزراعة، وقد فاتت، فانفسخ العقد، كما لو اكترى عبداً للخدمة، فمات، والثاني: لا ينفسخ؛ لأن العين باقية يمكن الانتفاع بها، وإنما نقصت منفعتها فثبت له الخيار، كما لو حدث به عيب، ومنهم من قال: إذا انهدمت الدار انفسخ العقد، وإن انقطع الماء من الأرض لم ينفسخ؛ لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء، والدار غير باقية مع الانهدام(١).

فصل [هرب المستأجَر]:

وإن أكرى نفسه فهرب، أو أكرى عيناً فهرب بها، نظرتَ: فإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة استؤجر عليه من ماله، كما لو أسلم إليه في شيء، فهرب، فإنه يبتاع عليه المسلم فيه، وإن لم يمكن الاستئجار عليه، ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ، وبين أن يصبر؛ لأنه تأخر حقه، فيثبت له الخيار، كما لو أسلم في شيء فتعذر(٢).

وإن كانت الإجارة على عين، فهو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر؛ لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار، كما لو ابتاع عبداً فأبق قبل القبض، فإن لم يفسخ

---

(١) الطريقة الثانية هي الراجحة، وأن الأصح في المسألتين قولان، والقول الثاني هو الراجح، والأظهر في الانهدام الانفساخ، وفي انقطاع الماء عدم الانفساخ مع ثبوت الخيار إذا انقطعت الزراعة، وفي المسألة طريق ثالث. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٧، الروضة ٥/ ٢٤٢).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٢٤٥، ٢٤٦، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٧.

نظرتَ: فإن كانت الإجارة على مدة انفسخ العقد بمضي المدة يوماً بيوم؛ لأن المنافع تتلف بمضي الزّمان، فانفسخ العقد بمضيه، وإن كانت على عمل معين لم ينفسخ؛ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده.

فصل [غصب العين]:

وإن غصبت العين المستأجرة من يد المستأجِر، فإن كان العقد على موصوف في الذمة طولب المؤجر بإقامة عين مقامها، على ما ذكرناه في هرب المُكْري، وإن كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد؛ لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ[1]، كما لو ابتاع عبداً فغصب، فإن لم يفسخ فإن كانت الإجارة على عمل لم تنفسخ؛ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده، وإن كانت على مدة فانقضت، ففيه قولان، أحدهما: ينفسخ العقد، فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل، والثاني: لا ينفسخ، بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى، ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل؛ لأن المنافع تلفت في يد الغاصب، فصار كالمبيع إذا أتلفه الأجنبي، وفي المبيع قولان إذا أتلفه الأجنبي فكذلك ههنا[2].

فصل [موت الرضيع]:

وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه، فالمنصوص أنه ينفسخ العقد؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه؛ لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه، لاختلاف الصبيان في الرضاع، فبطل، ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر، أنه لا ينفسخ؛ لأن المنفعة باقية، وإنما هلك المستوفي فلم ينفسخ العقد[3]، كما لو استأجر داراً

---

(١) انظر المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٧، الروضة ٥/ ٢٤٢.

(٢) القول الأول هو الراجح، والمذهب الانفساخ. (الروضة ٥/ ٢٤٣).

(٣) القول الأول هو الراجح، وينفسخ العقد. (الروضة ٥/ ٢٤٤).

فمات، فعلى هذا إن تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز، وإن تشاحا فسخ العقد؛ لأنه تعذر إمضاء العقد، ففسخ.

فصل [انتهاء الغرض من الإجارة]:

وإن استأجر رجلاً ليقلع له ضرساً، فسكن الوجع، أو ليكحل عينه فبرئت، أو ليقتص له فعفا عن القصاص، انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبلها؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فانفسخ، كما لو تعذر بالموت، ولا ينفسخ على قول من خرّج القول الآخر[١].

فصل [موت الأجير في الحج]:

وإن مات الأجير في الحج قبل الإحرام، نظرتَ: فإن كان العقد على حج في الذمة، استؤجر من تركته من يحج، فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الخيار، في فسخ العقد، كما قلنا في السلم، وإن كان على حجه بنفسه انفسخ العقد؛ لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض.

فإن مات بعد ما أتى بجميع الأركان، وقبل المبيت، والرمي، سقط الفرض؛ لأنه أتى بالأركان، ويجب في تركته الدم، لما بقي، كما يجب ذلك في حج نفسه.

وإن مات بعد الإحرام وقبل أن يأتي بالأركان، فهل يجوز أن يبني غيره على عمله؟ فيه قولان، قال في «القديم»: يجوز؛ لأنه عمل تدخله النيابة، فجاز البناء عليه كسائر الأعمال، وقال في «الجديد»: لا يجوز، وهو الصحيح؛ لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها، فلا تتأدى بنفسين، كالصوم، والصلاة[٢].

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٢٤٩.

(٢) ذكر النووي هذه الأحكام في كتاب الحج، وأن القولين في البناء يصحان إذا مات الحاج عن نفسه في أثنائه. (الروضة ٣/ ٣٠، ٣١).

فإن قلنا: لا يجوز البناء، فإن كانت الإجارة على عمل الأجير بنفسه بطلت؛ لأنه فات المعقود عليه، ويستأجر المستأجر من يستأنف الحج، وإن كانت الإجارة على حج في الذمة، لم تبطل؛ لأن المعقود عليه لم يفت بموته، فإن كان وقت الوقوف باقياً، استؤجر من تركته من يحج، وإن فات وقت الوقوف فللمستأجر أن يفسخ؛ لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ.

وإن قلنا: يجوز البناء على فعل الأجير، فإن كانت الإجارة على فعل الأجير بنفسه، بطلت؛ لأن حجه فات بموته، فإن كان وقت الوقوف باقياً أقام المستأجر من يحرم بالحج، ويبني على عمل الأجير، وإن كان بعد فوات وقت الوقوف، أقام من يحرم بالحج ويتم.

وقال أبو إسحاق: لا يجوز للباني أن يحرم بالحج؛ لأن الإحرام بالحج في غير أشهر الحج لا ينعقد، بل يحرم بالعمرة، ويتم.

والصحيح هو الأول؛ لأنه لا يجوز أن يطوف في العمرة، ويقع عن الحج، وقوله: إن الإحرام بالحج لا ينعقد في غير أشهر الحج، لا يصح؛ لأن هذا بناء على إحرام حصل في أشهر الحج[1].

وإن كانت الإجارة على حج في الذمة استؤجر من تركة الأجير، من يبني على إحرامه على ما ذكرناه.

فصل [قسمة المسمى بعد انفساخ العقد]:

ومتى انفسخ العقد بالهلاك، أو بالرد بالعيب، أو بتعذر المنفعة بعد استيفاء بعض المنفعة، قسم المسمى على ما استوفى وعلى ما بقي، فما قابل المستوفى استقر، وما قابل الباقي سقط، كما يقسم الثمن، على ما هلك من المبيع، وعلى ما بقي، فإذا كان ذلك مما يختلف رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، وإن كان العقد

(١) قال النووي: «وأصحهما يحرم بالحج، ويأتي ببقية الأعمال». (الروضة ٣/ ٣٠، ٣١).

على الحج فمات الأجير، أو أحصر، نظرتَ: فإن كان بعد قطع المسافة، وقبل الإحرام، ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبـي إسحاق، أنه لا يستحق شيئاً من الأجرة بناء على قوله في «الأم» إن الأجرة لا تقابل قطع المسافة، وهو الصحيح؛ لأن الأجرة في مقابلة الحج، وابتداء الحج من الإحرام، وما قبله من قطع المسافة تسبب إلى الحج، وليس بحج، فلم يستحق في مقابلته أجرة، كما لو استأجر رجلاً ليخبز له، فأحضر الآلة، وأوقد النار، ومات قبل أن يخبز، والثاني: وهو قول أبـي سعيد الإصطخري، وأبـي بكر الصيرفي، أنه يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء على قوله في «الإملاء» إن الأجرة تقابل قطع المسافة والعمل؛ لأن الحج لا يتأدى إلاَّ بهما فقسطت الأجرة عليهما[1].

وإن كان بعد الفراغ من الأركان، وقبل الرمي، والمبيت، ففيه طريقان، أحدهما: يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك قولاً واحداً؛ لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه، فلزمه رد بدله، كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع، فبنى تسعة، ومنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: يلزمه لما ذكرناه، والثاني: لا يلزمه؛ لأن ما دخل على الحج من النقص بترك الرمي، والمبيت، جبره بالدم، فصار كما لو لم يتركه[2].

وإن كان بعد الإحرام وقبل أن يأتي بباقي الأركان، ففيه قولان، أحدهما: لا يستحق شيئاً، كما لو قال: من رد عبدي الآبق فله دينار، فرده رجل إلى باب البلد، ثم هرب، والثاني: أنه يستحق بقدر ما عمله، وهو الصحيح؛ لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه، فأشبه إذا استؤجر على بناء عشرة أذرع، فبنى بعضها، ثم مات، فإذا قلنا: إنه يستحق بعض الأجرة، فهل تقسط الأجرة على العمل

---

(١) القول الأول هو الراجح، قال النووي: «فالصحيح المنصوص في كتب الشافعي رضي الله عنه، والذي قطع به الجماهير: لا يستحق شيئاً من الأجرة». ثم نقل قول الإصطخري والصيرفي. (الروضة ٣/ ٣١).

(٢) الراجح أن في المسألة قولين أظهرهما: يستحق. (الروضة ٣/ ٣٢).

والمسافة، أو على العمل دون المسافة؟ على ما ذكرناه من القولين[1].

فصل [عتق العبد الأجير]:

وإن أجر عبداً ثم أعتقه صح العتق؛ لأنه عقد على منفعة، فلم يمنع العتق، كما لو زوج أمته ثم أعتقها، ولا تنفسخ الإجارة، كما لا ينفسخ النكاح[2]، وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة؟ فيه قولان، قال في «الجديد»: لا يرجع، وهو الصحيح؛ لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق، فلم يرجع ببدلها بعد العتق، كما لو زوج أمته ثم أعتقها، وقال في «القديم»: يرجع؛ لأنه فوت بالإجارة ما ملكه من منفعته بالعتق، فوجب عليه البدل[3].

فإن قلنا: يرجع بالأجرة كانت نفقته على نفسه؛ لأنه ملك بدل منفعته، فكانت نفقته عليه، كما لو أجر نفسه بعد العتق.

وإن قلنا: لا يرجع بالأجرة، ففي نفقته وجهان، أحدهما: أنها على المولى؛ لأنه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك بدل منفعته بحق الملك، فكانت نفقته عليه، والثاني: أنها في بيت المال؛ لأنه لا يمكن إيجابها على المولى؛ لأنه زال ملكه عنه، ولا على العبد، لأنه لا يقدر عليها في مدة الإجارة، فكانت في بيت المال[4].

---

(١) الراجح أنه يستحق أجرة، كما جاء في الهامش ٢ صفحة ٥٥٥، وأن الأجرة تقسط عن الأعمال، لأن أعماله قبل الإحرام لا يستحق عليها أجرة، كما سبق في الهامش ١ ص ٥٥٥.

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٩، الروضة ٥/ ٢٥١.

(٣) القول الأول هو الراجح، ولا يرجع على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة بعد العتق على الأظهر الجديد. (الروضة ٥/ ٢٥١).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، وتجب النفقة في بيت المال على الأصح لأنه حر عاجز. (الروضة ٥/ ٢٥١).

فصل [بيع العين من غير المستأجر]:

وإن أجر عيناً ثم باعها من غير المستأجر، ففيه قولان، أحدهما: أن البيع باطل؛ لأن يد المستأجر تحول دونه، فلم يصح البيع، كبيع المغصوب من غير الغاصب، والمرهون من غير المرتهن، والثاني: يصح؛ لأنه عقد على المنفعة، فلم يمنع صحة البيع، كما لو زوج أمته ثم باعها، ولا تنفسخ الإجارة، كما لا ينفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجة(١).

وإن باعها من المستأجر صح البيع قولاً واحداً؛ لأنه في يده، لا حائل دونه فصح بيعها منه، كما لو باع المغصوب من الغاصب، والمرهون من المرتهن، ولا تنفسخ الإجارة بل يستوفي المستأجر المنفعة بالإجارة؛ لأن الملك لا ينافي الإجارة، والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستأجر، فإذا طرأ عليها لم يمنع صحتها، وإن تلفت المنافع قبل انقضاء المدة، انفسخت الإجارة، ورجع المشتري بالأجرة، لما بقي على البائع(٢).

فصل [موت أحد العاقدين]:

فإن أجر عيناً من رجل، ثم مات أحدهما لم يبطل العقد، لأنه عقد لازم، فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه، كالبيع(٣).

فإن أجر وقفاً عليه، ثم مات، ففيه وجهان، أحدهما: لا يبطل؛ لأنه أجر ما يملك إجارته فلم يبطل بموته، كما لو أجر ملكه ثم مات، فعلى هذا يرجع البطن الثاني في تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية؛ لأن المنافع في المدة الباقية حق له

---

(١) القول الثاني هو الراجح، ويجوز بيع العين من غيرالمستأجر في الأظهر، ولا تنفسخ الإجارة. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٠، الروضة ٥/ ٢٥٤).

(٢) قال النووي: «ويصح بيع المستأجرة للمكتري، ولا تنفسخ الإجارة في الأصح». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦١)، وانظر: الروضة ٥/ ٢٥٢.

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٦، الروضة ٢/ ٣٥٦.

فاستحق أجرتها، والثاني: تبطل؛ لأن المنافع بعد الموت حق لغيره، فلا ينفذ عقده عليها من غير إذن، ولا ولاية[(١)].

ويخالف إذا أجر ملكه ثم مات، فإن الوارث يملك من جهة الموروث، فلا يملك ما خرج من ملكه بالإجارة، والبطن الثاني: يملك غلة الوقف من جهة الواقف، فلم ينفذ عقد الأول عليه.

وإن أجر صبياً في حجره[(٢)]، أو أجر ماله، ثم بلغ ففيه وجهان، أحدهما: لا يبطل العقد؛ لأنه عقد لازم عقده بحق الولاية فلا يبطل بالبلوغ، كما لو باع داره، والثاني: يبطل؛ لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت[(٣)]، والصحيح عندي في المسائل كلها أن الإجارة لا تبطل، وبالله التوفيق.

باب
تضمين المستأجر والأجير

إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان؛ لأنه عين قبضها ليستوفي منها ما ملكه، فلم يضمنها بالقبض، كالمرأة في يد الزوج، والنخلة التي اشترى ثمرتها.

وإن تلفت بفعله نظرتَ: فإن كان بغير عدوان كضرب الدابة، وكبحها باللجام للاستصلاح، لم يضمن؛ لأنه هلك من فعل مستحق فلم يضمنه، كما لو هلك تحت الحمل.

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويبطل العقد إذا مات الموقوف عليه الوقف، خلافاً لما رجحه المصنف رحمه الله تعالى في آخر الفصل. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٥٦، الروضة ٥/٢٤٩).

(٢) الحَجْر: يقال بالفتح والكسر، والجمع الحجور، وهو ما بين الفخذين. (النظم ١/٤٠٧).

(٣) ذكر النووي الوجهين في «الروضة» مع ترجيح المصنف بعدم البطلان، ثم نقل تصحيح الوجه الثاني عند الرافعي في «المحرر». (الروضة ٥/٢٥٠)، ولكن النووي جزم في «المنهاج» أن الإجارة لا تنفسخ في الصبي إذا بلغ في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٥٦).

وإن تلفت بعدوان، كالضرب من غير حاجة، لزمه الضمان؛ لأنه جناية على مال الغير، فلزمه ضمانه[1].

فـصـل [مجاوزة الحق]:

وإن اكترى ظهراً إلى مكان، فجاوز به المكان، فهلك نظرتَ: فإن لم يكن معه صاحبه، لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به المكان إلى أن تلف؛ لأنه ضمنه باليد من حين جاوز، فصار كالغاصب، وإن كان صاحبه معه نظرتَ: فإن هلك بعد نزوله وتسليمه إلى صاحبه لم يضمن؛ لأنه ضمنه باليد فبرىء بالرد، كالمغصوب إذا رده إلى مالكه، وإن تلف في حال السير والركوب، ضمن، لأنه هلك في حال العدوان، وفي قدر الضمان قولان، أحدهما: نصف قيمته؛ لأنه تلف من مضمون وغير مضمون، فكان الضمان بينهما نصفين، كما لو مات من جراحته، وجراحة مالكه، والثاني: أنه تقسط القيمة على المسافتين، فما قابل مسافة الإجارة سقط، وما قابل الزيادة يجب؛ لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما فقسط بناء على القولين في الجلاد إذا ضرب رجلاً في القذف إحدى وثمانين فمات[2].

وإن تعادل اثنان ظهراً استأجراه وارتدف معهما ثالث من غير إذن، فتلف الظهر، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يجب على المرتدف نصف القيمة؛ لأنه هلك من مضمون وغير مضمون، والثاني: يجب عليه الثلث؛ لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم، والثالث: أنه يقسط على أوزانهم، فيجب على المرتدف ما يخصه بالوزن؛ لأنه يمكنه تقسيطه بالوزن فقسط عليه[3].

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٣٢٦، ٢٣٢.

(٢) القول الأول هو الراجح، ويضمن النصف في الأصح (الروضة ٥/ ٢٦١).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ويضمن المرتدف الثلث في الأصح. (الروضة ٥/ ٢٣٦).

فـصـل [حبس العين وتلفها]:

وإن استأجر عيناً واستوفى المنفعة، وحبسها حتى تلفت، فإن كان حبسها لعذر، لم يلزمه الضمان؛ لأنه أمانة في يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة، وإن كان لغير عذر، فإن قلنا: لا يجب الرد قبل الطلب لم يضمن، كالوديعة قبل الطلب، وإن قلنا: يجب ردها ضمن، كالوديعة بعد الطلب[١].

فـصـل [تلف العين المستأجرة]:

وإن تلفت العين التي استؤجر على العمل فيها، نظرتَ: فإن كان التلف بتفريط بأن استأجره ليخبز له، فأسرف في الوقود، أو ألزقه قبل وقته، أو تركه في النار، حتى احترق، ضمنه؛ لأنه هلك بعُدْوَان فلزمه الضمان.

وإن استؤجر على تأديب غلام، فضربه فمات، ضمنه؛ لأنه يمكن تأديبه بغير الضرب، فإذا عدل إلى الضرب[٢] كان ذلك تفريطاً منه فلزمه الضمان.

وإن كان التلف بغير تفريط نظرتَ: فإن كان العمل في ملك المستأجر بأن دعاه إلى داره ليعمل له، أو كان العمل في دكان الأجير والمستأجر حاضر، أو اكتراه ليحمل له شيئاً وهو معه، لم يضمن؛ لأن يد صاحبه عليه فلم يضمن من غير جناية[٣].

وإن كان العمل في يد الأجير من غير حضور المستأجر، نظرت فإن كان الأجير مشتركاً، وهو الذي يعمل له ولغيره كالقصار الذي يقصر لكل أحد، والملاح[٤] الذي يحمل لكل أحد، ففيه قولان، أحدهما: يجب عليه الضمان؛ لما

---

(١) الأصح عند الغزالي أنه لا يجب الرد على المستأجر، وإنما عليه التخلية كالوديعة، والأقرب إلى كلام الشافعي رضي الله عنه أنه يلزمه الرد ومؤنته كالمستعير، ثم رجح النووي الأول، وقال: «قلت: صحح الرافعي في «المحرر» أنه لا ضمان». (الروضة ٥/٢٢٦).

(٢) عدل إلى الضرب أي مال. (النظم ١/٤٠٨).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٥١، الروضة ٥/٢٢٨.

(٤) الملاح: الذي يعمل في البحر. (النظم ١/٤٠٨).

روى الشعبي عن أنس رضي الله عنه قال: استحملني رجل بضاعة، فضاعت من بين متاعي، فضمننيها عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وعن خلاس بن عمرو أن علياً رضي الله عنه كان يضمن الأجير، وعن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي كرم الله وجهه أنه كان يضمن الصباغ والصوّاغ، وقال: لا يصلح الناس إلاّ ذلك، ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها، كالمستعير، والثاني: لا ضمان عليه، وهو قول المزني، وهو الصحيح، قال الربيع كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير، ولكنه لا يفتي به لفساد الناس، والدليل عليه أنه قبض العين لمنفعته، ومنفعة المالك، فلم يضمنه، كالمضارب[١].

وإن كان الأجير منفرداً، وهو الذي يعمل له، ولا يعمل لغيره، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: هو كالأجير المشترك، وهو المنصوص، فإن الشافعي رحمه الله قال: والأجراء كلهم سواء، فيكون على قولين، لأنه منفرد باليد فأشبه الأجير المشترك، ومنهم من قال: لا يجب عليه الضمان قولاً واحداً؛ لأنه منفرد بالعمل فأشبه إذا كان عمله في دار المستأجر[٢].

فإن قلنا: إنه أمين فتعدّى فيه، ثم تلف، ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدى إلى أن تلف؛ لأنه ضمن بالتعدي، فصار كالغاصب، وإن قلنا: إنه ضامن لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالغاصب، ومن أصحابنا من قال: يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير، وليس بشيء[٣].

(١) القول الثاني هو الراجح، ولا يضمن الأجير المشترك إن انفرد في أظهر الأقوال. (المنهاج ومغني الحتاج ٢/ ٣٥١، الروضة ٥/ ٢٢٨).

(٢) القول الأول هو الراجح، وأن في الأجير المنفرد قولان، ولا يضمن على المذهب. (الروضة ٥/ ٢٢٨).

(٣) هذا القول هو الذي رجحه النووي، وقال: «وحيث ضمنا الأجير، فالواجب أقصى قيمة من القبض إلى التلف، أم قيمته يوم التلف؟ فيه وجهان، قلت: أصحهما الثاني». (الروضة ٥/ ٢٢٨).

فصل [تلف العمل]:

وإن عمل الأجير بعض العمل أو جميعه، ثم تلف، نظرتَ: فإن كان العمل في ملك صاحبه، أو بحضرته وجبت له الأجرة، لأنه تحت يده فكل ما عمل شيئاً صار مسلماً له، وإن كان في يد الأجير، فإن قلنا: إنه أمين لم يستحق الأجرة؛ لأنه لم يسلم العمل، وإن قلنا: إنه ضامن استحق الأجرة؛ لأنه يقوم عليه معمولاً، فيصير بالتضمين مسلماً للعمل، فاستحق الأجرة[1].

فصل [ضمان الخياط]:

وإن دفع ثوباً إلى خياط، وقال: إن كان يكفيني لقميص فاقطعه، فقطعه، ولم يكفه لزمه الضمان؛ لأنه أذن له بشرط، فقطع من غير وجود الشرط، فضمنه[2].

وإن قال: أيكفيني للقميص؟ فقال: نعم، فقال اقطعه، فقطعه، فلم يكفه لم يضمن؛ لأنه قطعه بإذن مطلق[3].

فصل [أجرة الحمام]:

واختلف أصحابنا فيما يأخذ الحمامي، هل هو ثمن الماء، أو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب؟ فمنهم من قال: هو ثمن الماء، وهو متطوع بحفظ الثياب، ومعير للسطل، فعلى هذا لا يضمن الثياب إذا تلفت، وله عوض السطل إذا تلف،

---

(١) سبق في الصفحة ٥٥٨ ـ ٥٦١ أن الأجير لا يضمن، سواء أكان منفرداً أم مشتركاً، وأن يد الأجير على الدابة والدار ونحوها في مدة الإجارة يد أمانة، فلا يضمن ما تلف منها بغير تعدٍ وتقصير، ويستحق الأجرة، قال النووي: «ويد المكتري على الدابة والثوب يد أمانة مدة الإجارة، كذا بعدها في الأصح». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٥١)، وانظر: الروضة ٥/٢٢٦، ٢٦٣.

(٢) انظر: الروضة ٥/٢٣٨.

(٣) انظر: الروضة ٥/٢٣٨.

ومنهم من قال: هو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب[1]، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل إذا هلك؛ لأنه مستأجر، وهل يضمن الحمامي الثياب فيه قولان؛ لأنه أجير مشترك[2].

فـصـل [الاستئجار للحج]:

وإن استأجر رجلاً للحج فتطيب في إحرامه، أو لبس، وجبت الفدية على الأجير؛ لأنه جناية لم يتناولها الإذن؛ فوجب ضمانها، كما لو استأجره ليشتري له ثوباً، فاشتراه ثم خرقه.

وإن أفسد الحج صار الإحرام عن نفسه؛ لأن الفاسد غير مأذون فيه، فانعقد له، كما لو وكله في شراء عبد، فاشترى أمة، فإن كان العقد على حجه في هذه السنة انفسخ؛ لأنه فات المعقود عليه، وإن كان على حج في الذمة، ثبت له الخيار؛ لأنه تأخر حقه.

فإن استأجر للحج من ميقات، فأحرم من ميقات آخر، لم يلزمه شيء؛ لأن المواقيت المنصوص عليها متساوية في الحكم، وإن كان بعضها أبعد من بعض، فإذا ترك بعضها إلى بعض لم يحصل نقص يقتضي الجبران[3]، وإن أحرم دون الميقات لزمه دم؛ لأنه ترك الإحرام من وضع يلزمه الإحرام منه، فلزمه دم، كما لو ترك ذلك في حجه لنفسه.

فإن استأجره ليحرم من دويرة أهله، فأحرم دونه، لزمه دم؛ لأنه وجب عليه

---

(١) القول الثاني هو الراجح، وأن الأصح أنه أجرة الحمام والسطل والإزار وحفظ الثياب، (الروضة ٥/ ٢٣٠)، كما اختلف العلماء في المعقود عليه في الإجارة عامة، هل هو العين أم المنفعة؟ والثاني قول الجمهور. (الروضة ٥/ ٢٠٧).

(٢) سبق في صفحة ٥٦١ هـ ١ أن الأجير المشترك لا يضمن في الأظهر، وأن الحمامي أجير مشترك في الثياب فلا يضمن على المذهب كسائر الأجراء. (الروضة ٥/ ٢٣٠).

(٣) انظر: الروضة ٣/ ٢٦.

ذلك بعقد الإجارة، فصار كما لو لزمه في حجه لنفسه بالشرع، أو بالنذر، فتركه[1]، وهل يلزمه أن يرد من الأجرة بقسطه؟ قال في «القديم»: يهرق دماً[2]، وحجه تام، وقال في «الأم»: يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك، فمن أصحابنا من قال: يلزمه قولاً واحداً، والذي قاله في القديم ليس فيه نص أنه لا يجب، ومنهم من قال فيه قولان، وهو الصحيح، أحدهما: لا يلزمه؛ لأن النقص الذي لحق الإحرام جبره بالدم، فصار كما لو لم يترك، والثاني: أنه يلزمه؛ لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه، فلزمه ردُّ بدله، كما لو استأجره لبناء عشرة أذرع، فبنى تسعة، فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجه من الموضع الذي أحرم منه[3].

فإن استأجره ليحرم بالحج من الميقات، فأحرم من الميقات بعمرة عن نفسه، ثم أحرم بالحج عن المستأجر من مكة، لزمه الدم لترك الميقات، وهل يرد من الأجرة بقدر ما ترك؟ على ما ذكرناه من الطريقين، فإن قلنا: يلزمه، ففيه قولان، قال في «الأم»: يرد بقدر ما بين حجه من الميقات، وحجه من مكة؛ لأن الحج من الإحرام وما قبله ليس من الحج، وقال في «الإملاء»: يلزمه أن يرد ما بين حجه من بلده، وبين حجه من مكة، لأنه جعل الأجرة في مقابلة السفر والعمل، وجعل سفره لنفسه، ويخالف المسألة قبلها؛ لأن هناك سافر للمستأجر، وإنما ترك الميقات.

وإن استأجره للحج، فحج عنه، وترك الرمي أو المبيت، لزمه الدم، كما يلزمه لحجه، وهل يرد من الأجرة بقسطه؟ على ما ذكرناه فيمن ترك الإحرام من الميقات[4].

---

(١) انظر: الروضة ٣/ ٢٦.
(٢) يهرق دماً: أي يريق، يقال: هراق وأراق، ويهرق ويهريق بالتحريك والإسكان. (النظم ١/ ٤٠٩).
(٣) انظر الأقوال مع التفصيل فيها والترجيح في (الروضة ٣/ ٢٥ وما بعدها).
(٤) انظر: الروضة ٣/ ٢٧.

بـــاب

اختلاف المتكاريين

إذا اختلف المتكاريان في مقدار المنفعة أو قدر الأجرة، ولم تكن بينة، تحالفا؛ لأنه عقد معاوضة، فأشبه البيع، وإذا تحالفا كان الحكم في فسخ الإجارة كالحكم في البيع؛ لأن الإجارة كالبيع، فكان حكمها في الفسخ كالحكم في البيع[1].

فإن اختلفا في التعدي في العين المستأجرة، فادعاه المؤجر، وأنكره المستأجر، فالقول قول المستأجر؛ لأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان.

فإن اختلفا في الرد، فادعاه المستأجر، وأنكره المؤجر، فالقول قول المؤجر أنه لم يرد عليه؛ لأن المستأجر قبض العين لمنفعته، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير.

وإن اختلف الأجير المشترك والمستأجر في رد العين، فادعى الأجير أنه ردها، وأنكر المستأجر، فإن قلنا: إن الأجير يضمن العين بالقبض، لم يقبل قوله في الرد؛ لأنه ضامن فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير، والغاصب، وإن قلنا: إنه لا يضمن العين بالقبض، فهل يقبل قوله في الرد؟ فيه وجهان كالوكيل بجُعل، وقد مضى توجيههما في الوكالة[2].

وإن هلكت العين فادعى الأجير أنها هلكت بعد العمل، وأنه يستحق الأجرة، وأنكر المستأجر، فالقول قول المستأجر؛ لأن الأصل عدم العمل، وعدم البدل.

---

(١) إذا تحالف المتكاريان فسخ العقد، وعلى المستأجر أجرة المثل لما استوفاه. (الروضة ٥/٢٣٨).

(٢) سبق بيان ذلك صفحة ٣٧٨ هـ ١، وأن الراجح أنه يقبل قول الوكيل في الرد.

فـصـل [الاختلاف مع الخياط]:

وإن دفع ثوباً إلى خياط فقطعه قباء[1]، ثم اختلفا فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قميصاً، فتعديت بقطعه قباء، فعليك ضمان النقص، وقال الخياط: بل أمرتني أن أقطعه قباء، فعليك الأجرة، فقد حكى الشافعي رحمه الله في «اختلاف العراقيين» قول ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط، وقول أبي حنيفة رحمة الله عليه أن القول قول رب الثوب، ثم قال: وهذا أشبه، وكلاهما مدخول، وقال في كتاب «الأجير والمستأجر» إذا دفع إليه ثوباً ليصبغه أحمر، فصبغه أخضر، فقال: أمرتك أن تصبغه أحمر، فقال الصباغ: بل أمرتني أن أصبغه أخضر، أنهما يتحالفان.

واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق[2]، فمنهم من قال: فيه ثلاثة أقوال، أحدها: أن القول قول الخياط لأنه مأذون له في القطع، فكان القول قوله في صفته، والثاني: أن القول قول رب الثوب، كما لو اختلفا في أصل الإذن، والثالث: أنهما يتحالفان، وهو الصحيح؛ لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه؛ لأن صاحب الثوب يدعي الأرش، والخياط ينكره، والخياط يدعي الأجرة، وصاحب الثوب ينكره، فتحالفا، كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن.

---

(١) القباء: ثوب معروف، وهو مفرج من القدم إلى الحلق، لا يحتاج لابسه إلى إدخال رأسه فيه، وأول من لبسه سليمان بن داود عليهما السلام، كان إذا أدخل رأسه في الثياب كنصت الشياطين أي حركت أنوفها استهزاء به، يقال: كنص فلان في وجه صاحبه. (النظم ١/ ٤١٠).

(٢) قال النووي: «ففيه خمسة طرق، أصحها وبه قال الأكثرون: في المسألة قولان، أظهرهما أن القول قول المالك (صاحب الثوب)، والثاني: القول قول الخياط والدباغ». (الروضة ٥/ ٢٣٦).

وإذا كان القول قول المالك، فإذا حلف فلا أجرة عليه، ويلزم الخياط أرش النقص على المذهب. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٤، ٣٥٥، الروضة ٥/ ٢٣٧).

ومن أصحابنا من قال: المسألة على القولين المذكورين في «اختلاف العراقيين» وهو قول أبي العباس وأبي إسحاق وأبي علي بن أبي هريرة والقاضي أبي حامد.

ومن أصحابنا من قال: هي على قول واحد أنهما يتحالفان، وهو قول أبي حامد الإسفراييني؛ لأن الشافعي رحمه الله ذكر القولين الأولين ثم قال: وكلاهما مدخول[1].

فإن قلنا: إن القول قول الخياط، فحلف، لم يلزمه أرش النقص؛ لأنه ثبت بيمينه أنه مأذون له فيه، وهل يستحق الأجرة؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه لا يستحق الأجرة؛ لأن قوله قُبل في سقوط الغرم؛ لأنه منكر، فأما في الأجرة فإنه مدع، فلم يقبل قوله، والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن له الأجرة؛ لأن قبلنا قوله في الإذن[2].

فعلى هذا هل يجب المسمى، أو أجرة المثل، فيه وجهان، أحدهما: يجب المسمى؛ لأنا قبلنا قوله أنه أذن له، فوجب ما اقتضاه، والثاني: يجب له أجرة المثل؛ لأنا إذا قبلنا قوله لم نأمن أن يدعي ألفاً، وأجرة مثله درهم[3].

وإن قلنا: إن القول قول صاحب الثوب، فحلف لم تجب الأجرة؛ لأنه فعل ما لم يؤذن فيه، ويلزمه أرش القطع؛ لأنه قطع ما لم يكن له قطعه، وفي قدر الأرش قولان، أحدهما: يلزمه ما بين قيمته مقطوعاً، وصحيحاً؛ لأنا حكمنا أنه لم يؤذن له في القطع، فلزمه أرش القطع، والثاني: يلزمه ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً، وبين قيمته مقطوعاً قباء؛ لأنه قد أذن له في القطع، وإنما حصلت

---

(١) مدخول: أي يمكن الدخول إلى نقضه وإفساده، يقال: نحلة مدخولة أي عفنة الجوف، ودُخل في عقله فهو مدخول. (النظم ١/ ٤١٠).

(٢) الوجه الأول هو الأصح، ولا أجرة للخياط. (الروضة ٥/ ٢٣٦).

(٣) ذكر النووي القولين ولم يرجح، لأنهما متفرعان على القول الضعيف. (الروضة ٥/ ٢٣٦).

المخالفة في الزيادة، فلزمه أرش الزيادة، فإن لم يكن بينهما تفاوت، لم يلزمه شيء.

وإذا قلنا: إنهما يتحالفان، فتحالفا، لم تجب الأجرة؛ لأن التحالف يوجب رفع العقد، والخياطة من غير عقد لا توجب الأجرة، وهل يجب أرش القطع؟ فيه قولان، أحدهما: يجب؛ لأن كل واحد منهما حلف على ما ادعاه، ونفى ما ادعي عليه، فبرئا كالمتبايعين، والثاني: أنه يجب أرش النقص، لأنا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف؛ فإذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد، فلزمه أرشه[1]، ومتى قلنا: إنه يستحق الأجرة لم يرجع بالخيوط، لأنه أخذ بدلها، فإن قلنا: لا يستحق الأجرة فله أن يأخذ خيوطه؛ لأنه عين ماله، فكان له أن يأخذه.

فصل [حبس العين لاستيفاء الأجرة]:

إذا استأجر صانعاً على عمل من خياطة أو صباغة، فعمل، فهل له أن يحبس العين على الأجرة؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه لم يرهن العين عنده، فلم يجز احتباسها، كما لو استأجره ليحمل له متاعاً فحمله، ثم أراد أن يحبس المتاع على الأجرة، والثاني: يجوز؛ لأن عمله ملكه، فجاز له حبسه على العوض، كالمبيع في يد البائع.

فصل [عدم ذكر الأجرة]:

وإن دفع ثوباً إلى رجل فخاطه ولم يذكر له أجرة، فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه، أحدها: أنه تلزمه الأجرة، وهو قول المزني رحمه الله؛ لأنه استهلك عمله فلزمه أجرته، والثاني: أنه إن قال له: خطه لزمه، وإن بدأ الرجل فقال: أعطني لأخيطه لم تلزمه، وهو قول أبي إسحاق؛ لأنه إذا أمره فقد ألزمه

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ولا يجب أرش النقص على الأظهر. (الروضة ٥/ ٢٣٧).

بالأمر، والعمل لا يلزم من غير أجرة، فلزمته، وإذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الأجرة، فلم تلزم، والثالث: أنه إذا كان الصانع معروفاً بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه، وإذا لم يكن معروفاً بذلك لم يلزمه، وهو قول أبـي العباس، لأنه إذا كان معروفاً بأخذ الأجرة صار العرف في حقه كالشرط، وإن لم يكن معروفاً لم يوجد ما يقتضي الأجرة من جهة الشرط، ولا من جهة العرف. والرابع: وهو المذهب، أنه لا يلزمه بحال؛ لأنه بذل ماله من غير عوض، فلم يجب له العوض، كما لو بذل طعامه لمن أكله[١].

وإن نزل رجل في سفينة ملاح بغير إذنه فحمله فيها إلى بلد لزمه الأجرة؛ لأنه استهلك منفعة موضعه من السفينة من غير إذن، فلزمه أجرتها.

وإن نزل فيها عن إذنه ولم يذكر الأجرة، فعلى ما ذكرناه من الوجوه الأربعة في الخياطة، وبالله التوفيق.

بـــاب
الجُعالــة

يجوز عقد الجعالة[٢]، وهو أن يبذل الجُعْل لمن عمل له عملاً، من رد ضالة، ورد آبق، وبناء حائط، وخياطة ثوب، وكل ما يستأجر عليه من الأعمال. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿ولمنْ جاءَ بهِ حِمْلُ بَعيرٍ وأنا به زَعِيم[٣]﴾ [يوسف: ٧٢]، وروى أبو سعيد الخدري «أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا

(١) الوجه الرابع هو الراجح، ولا يستحق الأجرة إلاَّ إذا شرطها. (انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩).

(٢) الجعالة: هي بتثليث الجيم عند ابن مالك وغيره، واقتصر النووي والجوهري والفيومي صاحب «المصباح» على كسرها، واقتصر بعضهم على فتحها، وهي لغة: اسم لما يجعله الإنسان لغيره على شيء يفعله، وكذا الجُعل والجعيلة، وهي اصطلاحاً: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول. (المجموع ١٤/ ٣٦٧).

(٣) زعيم: أي ضمين، والزعامة الكفالة. (النظم ١/ ٤١١).

حياً من أحياء العرب، فلم يَقْروهم[1]، فبينما هم كذلك إذ لُدغ سيد أولئك، فقالوا: هل فيكم راقٍ؟ فقالوا: لم تقرونا، فلا نفعل، أو تجعلوا لنا جُعلاً، فجعلوا لهم قطيع شاء[2]، فجعل رجل يقرأ بأم القرآن، ويجمع بزاقه، ويتفل، فبرأ الرجل، فأتوهم بالشاء، فقالوا: لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ، فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك، فضحك، وقال: ما أدراك! إنها رقية خذوها، واضربوا لي فيها بسهم»[3]، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، من رد ضالة، وآبق، وعمل لا يقدر عليه، فجاز، كالإجارة، والمضاربة.

فصل [عدم تعيين العامل]:

ويجوز أن يعقد لعامل غير معين، للآية، ولأنه قد يكون له عمل، ولا يعرف من يعمله، فجاز من غير تعيين، وروى المزني في «المختصر» عن الشافعي رحمه الله في «المنثور»، أنه قال: إذا قال: أول من يحج عني فله مائة، فحج عنه رجل، أنه يستحق المائة، وقال المزني: ينبغي أن يستحق أجرة المثل؛ لأنه إجارة، فلم تصح من غير تعيين، وهذا خطأ، لأن ذلك جُعالة، وقد بينا أن الجعالة تجوز من غير تعيين العامل.

فصل [العمل المجهول والعوض معلوم]:

وتجوز على عمل مجهول[4]، للآية، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فجاز مع الجهالة، كالمضاربة.

---

(١) الحي: القبيلة، واشتقاقه من الحياة التي هي ضد الموت، وقوله: «لم يقروهم» أي لم يضيفوهم، والقراء: إطعام الضيف النازل بالإنسان، وأول من سنّه إبراهيم عليه السلام. (النظم ١/ ٤١١).

(٢) قطيع شاء: أي قطعة وطائفة من الغنم. (النظم ١/ ٤١١).

(٣) حديث أبي سعيد أخرجه البخاري (٢/ ٧٩٥ كتاب الإجارة، باب ما يعطى في الرقية)، ومسلم (١٤/ ١٨٧ كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار)، ورواه أبو داود والترمذي وابن ماجه. (المجموع ١٤/ ٣٦٧).

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٣٠.

ولا تجوز إلاَّ بعوض معلوم؛ لأنه عقد معاوضة، فلا تجوز بعوض مجهول، كالنكاح فإن شرط له جعلا مجهولاً، فعمل، استحق أجرة المثل؛ لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه، وجب المثل في فاسده، كالبيع، والنكاح[1].

فصل [إذن صاحب المال]:

ولا يستحق العامل الجعل إلاَّ بإذن صاحب المال، فأما إذا عمل له عملاً من غير إذنه، بأن وجد له آبقاً فجاء به، أو ضالة فردها إليه، لم يستحق الجعل؛ لأنه بذل منفعته من غير عوض، فلم يستحق العوض[2].

فإن عمل بإذنه ولم يشرط له الجعل، فعلى الأوجه الأربعة التي ذكرناها في الإجارة[3].

فإن أذن له وشرط له الجعل، فعمل، استحق الجعل؛ لأنه استهلك منفعته بعوض، فاستحق العوض كالأجير، فإن نادى فقال: من رد عبدي فله دينار، فردَّه من لم يسمع النداء، لم يستحق الجعل؛ لأنه متطوع بالرد من غير بدل[4].

فإن أبق عبد لرجل، فنادى غيره أن من رد عبد فلان فله دينار، فرده رجل وجب الدينار على المنادي؛ لأنه ضمن العوض، فلزمه[5]، فإن قال في النداء: قال فلان: من ردَّ عبدي فله دينار، فردَّه رجل لم يلزم المنادي؛ لأنه لم يضمن، وإنما حكى قول غيره.

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٣١.
(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٢٩.
(٣) مرت هذه الأوجه في آخر كتاب الإجارة ص ٥٦٨، والراجح أنه لا يستحق الجعل أو الأجرة إلاَّ إذا شرطها.
(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٢٩.
(٥) انظر: المرجع السابق ٢/ ٤٣٠.

فـصـل [اشترط الفراغ من العمل]:

ولا يستحق العامل الجعل إلاَّ بالفراغ من العمل، فإن شـرط لـه جعلاً علـى رد الآبق، فرده إلى باب الـدار، ففر منـه، أو مات قبـل أن يسلمـه، لـم يستحق شيئاً من الجعل؛ لأن المقصود هو الرد، والجعل في مقابلته، ولم يوجد منه شيء[1].

وإن قال: من ردَّ عبدي الآبق من البصرة فله دينار، وهو ببغداد، فرده رجل من واسط، استحق نصف الدينار؛ لأنه ردَّ من نصف الطريق[2]، وإن رده من أبعد من البصرة لم يستحق أكثر من الدينار؛ لأنه لم يضمن له لما زاد شيئاً.

وإن أبق له عبدان، فقال من ردهما فله دينار، فردَّ رجل أحدهما، استحق نصف الجعل؛ لأنه عمل نصف العمل، وإن قال: من ردَّ عبدي فله دينار، فاشترك في رده اثنان، اشتركا في الدينار؛ لأنهما اشتركا في العمل، فاشتركا في الجعل[3].

وإن قال لرجل: إن رددت عبدي فلك دينار، وقال لآخر: إن رددته فلك ديناران، فاشتركا في الرد استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له.

وإن جعل لأحدهما ديناراً، وللآخر ثوباً مجهولاً فرداه، استحق صاحب الدينار نصف دينار، وصاحب الثوب نصف أجرة المثل؛ لأن الدينار جُعْل صحيح، فاستحق نصفه، والثوب جعل باطل، فاستحق نصف أجرة المثل.

وإن قال لرجل: إن رددت عبدي فلك دينار، فشاركه غيره في رده، فإن قال: شاركته معاونة له كان الدينار للعامل؛ لأن العمل كله له، فكان الجعل كله له، وإن قال: شاركته لأشاركه في الجعل، كان للعامل نصف الجعل؛ لأنه عمل

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٣٤، الروضة ٥/ ٢٧٤.
(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٣١.
(٣) انظر: المرجع السابق.

نصف العمل، ولا شيء للشريك، لأنه لم يشرط له شيئاً[١].

فصل [العقد غير لازم]:

ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد؛ لأنه عقد على عمل مجهول بعوض، فجاز لكل واحد منهما فسخه، كالمضاربة، فإن فسخ العامل لم يستحق شيئاً؛ لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل، وقد تركه، فسقط حقه، وإن فسخ رب المال؛ فإن كان قبل العمل لم يلزمه شيء؛ لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل، فلم يلزمه شيء، كما لو فسخ المضاربة قبل العمل، وإن كان بعد ما شرع في العمل[٢]، لزمه أجرة المثل لما عمل؛ لأنه استهلك منفعته بشرط العوض، فلزمه أجرته، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل[٣].

فصل [الزيادة والنقصان في الجعل]:

وتجوز الزيادة والنقصان في الجعل قبل العمل، فإن قال: من ردَّ عبدي فله دينار، ثم قال: من ردّه فله عشرة، فرده رجل، استحق عشرة.

وإن قال: من رد عبدي، فله عشرة، ثم قال: من رده فله دينار، استحق الدينار؛ لأنه مال بذل في مقابلة عمل في عقد جائز، فجائز، والزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالربح في المضاربة[٤].

فصل [اختلاف العامل ورب العمل]:

وإن اختلف العامل ورب المال، فقال العامل: شرطت لي الجعل، وأنكر

---

(١) انظر: المرجع السابق ٢/ ٤٣٢.

(٢) يقال: شرعت في هذا الأمر أي خضت فيه. (النظم ١/ ٤١٢).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٣٢، الروضة ٥/ ٢٧٣.

(٤) وفائدة التقييد بالزيادة والنقص في الجعل قبل الفراغ أن العامل إذا لم يسمع وجبت له أجرة المثل. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٣٣، ٤٣٤، الروضة ٥/ ٢٧٣).

رب المال، فالقول قول رب المال؛ لأن الأصل عدم الشرط، وعدم الضمان[1].

وإن اختلفا في عين العبد، فقال السيد: شرطت الجعل في رد غيره، وقال العامل: بل شرطت الجعل في رده، فالقول قول المالك؛ لأن العامل يدعي عليه شرط الجعل في عقد الأصل عدمه، فكان القول فيه قوله.

وإن اختلفا في قدر الجعل، تحالفا، كما قلنا في البيع، فإذا تحالفا رجع إلى أجرة المثل، كما رجع في البيع بعد هلاك السلعة إلى قيمة العين[2].

وإن اختلف العامل والعبد، فقال العامل: أنا رددته، وقال العبد: جئت بنفسي، وصدقه المولى، فالقول قول المولى مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرد وعدم وجوب الجعل، وبالله التوفيق.

● ● ●

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٣٤، الروضة ٥/ ٢٧٥.

(٢) انظر المرجعين السابقين.

كتاب السبق والرمي

تجوز المسابقة والمناضلة[١]، لما روى ابن عمر «أن رسول الله ﷺ سابق بين الخيل المضمرة[٢] منها من الحَفْيا إلى ثَنِية الوداع، وما لم يُضْمر منها من ثنية الوداع[٣] إلى مسجد بني زُرَيْق»[٤]، وروى أنس «أن النبـي ﷺ كانت له ناقة، يقال

(١) المناضلة هي المراماة، وناضلته أي راميته لأخذ نضله، وقيل: النضال في الرمي، والرهان في الخيل، وهو الذي يوضع في النضال، فمن سبق أخذه، والسبق والخطر والندب والفرغ والوجب الذي يوضع فيه. (النظم ١/ ٤١٢).

(٢) تضمير الخيل أن تسقى اللبن، وتعلف اليابس من العلف، وتجرى في طرفي النهار، وتترك على ذلك أياماً، ثم يسابق بينها، وقيل: تضميرها أن يشد عليها سرجها، وتجلل بالأجلة حتى تعرق تحتها، فيذهب رهلها، ويشتد لحمها. (النظم ١/ ٤١٢)، والخيل المضمرة هي التي ذهب رهلها، واشتد جريها. (صحيح البخاري ١/ ١٦٢ هامش).

(٣) الثنية هي العقبة، وجمعها ثنايا، ومنه: فلان طلاع الثنايا أي سام للأمور، والحفيا موضع بقرب المدينة، وبينها وبين ثنية الوداع خمسة أميال أو أكثر. (النظم ١/ ٤١٢، صحيح البخاري ٢/ ١٦٢ هامش).

(٤) حديث ابن عمر أخرجه البخاري (١/ ١٦٢ كتاب المساجد، باب هل يقال مسجد بني فلان، ٣/ ١٠٥٣ كتاب الجهاد، باب السبق بين الخيل وما بعده)، ومسلم (١٣/ ١٤ كتاب الإمارة، باب المسابقة بين الخيل وتضميرها)، وفي رواية البخاري، قال ابن عمر: «وكنت فيمن أجرى»، ورواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة. (المجموع ١٤/ ٣٨٢، جامع الترمذي =

لها العَضْباء لا تُسبق، فجاء أعرابي على قَعُود له فَسَبَقَها، فشَقَّ ذلك على المسلمين، فقالوا: يا رسول الله، سُبقت العَضْباء، فقال رسول الله ﷺ: إنه حقٌّ على الله أن لا يرتفع من هذه القذرة[1] شيء إلاَّ وَضَعَه»[2]، وروى سلمة بن الأكوع، قال: «أتى علينا رسول الله ﷺ ونحن نترامى، فقال: حسن هذا لعباً، ارموا يا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً، ارموا وأنا مع ابن الأدرع[3]، فكف القوم أيديهم، وقسيهم وقالوا: غَلَب يا رسولَ الله، من كنتَ معه، قال: ارموا وأنا معكم جميعاً»[4].

فإن كان ذلك للجهاد، فهو مندوب إليه، لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول على المنبر: ﴿وأعِدُّوا لهم ما استطعتُم من قوة﴾ [الأنفال: ٦٠]، ألا إن القوة هي الرمي، قالها ثلاثاً»[5] وروى عقبة بن عامر

= ٥/ ٣٤٩ كتاب الجهاد، باب الرهان).

(١) القدرة: بالدال المهملة يعني المقدور عليه كالدنيا وما فيها مما خلق بقدرة الله تعالى وعظمته، ويروى: القذرة بفتح القاف وكسر الذال المعجمة يعني بها الدني، وهو الأشهر، لأن عليه الصلاة والسلام سماها في غير هذا الموضع أم ذفر لاستقذاره إياها ونتنها. (النظم ١/ ٤١٢).

(٢) حديث أنس أخرجه البخاري (٣/ ١٠٥٣ كتاب الجهاد، باب ناقة النبي ﷺ)، وأحمد (٣/ ١٠٣، ٢٥٣)، وأبو داود (٢/ ٥٥٣ كتاب الأدب، باب كراهية الرفعة في الأمور)، والنسائي (٦/ ١٨٩ كتاب الخيل، باب السبق).
والقعود: الذي صار يركب من الإبل، وشقَّ: صعّب (صحيح البخاري ٣/ ١٠٥٤ هامش).

(٣) ابن الأدرع: بدال مهملة، وهو اسم علم، والأدرع في غيره: الذي يخالطه سواد وبياض. (النظم ١/ ٤١٣).

(٤) حديث سلمة بن الأكوع أخرجه البخاري (٣/ ١٠٦٢ كتاب الجمعة، باب التحريض على الرمي)، وأحمد (٤/ ٥٠، ١/ ٣٦٤)، ورواه ابن حبان والبزار عن أبي هريرة، والطبراني من حديث حمزة بن عمرو الأسلمي. (المجموع ١٤/ ٣٨٢).

(٥) حديث عقبة بن عامر رواه مسلم (١٣/ ٦٤ كتاب الإمارة، باب فضل الرمي والحث عليه)، وأبو داود (٢/ ١٣ كتاب الجهاد، باب الرمي)، والترمذي (٨/ ٤٧٣ كتاب التفسير، سورة =

قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ارموا، واركبوا، ولأن ترموا أحب إليّ من أن تركبوا، وليس من اللهو إلاّ ثلاثة[1]: ملاعبة الرجل أهله، وتأديبه فرسه، ورميه بقوسه، ومن علمه الله الرمي فتركه رغبة عنه فنعمة كفرها، وإن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه المحتسب[2] فيه الخير، والرامي، ومنبله»[3].

فصل [العوض في السبق]:

ويجوز ذلك بعوض، لما روي أنه سئل عثمان رضي الله عنه «أكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ؟ قال: نعم، راهن رسول الله ﷺ على فرس له، فجاءت سابقة، فهش[4] لذلك وأعجبه»[5]، والرهن لا يكون إلاّ على عوض، ولأن في بذل العوض فيه تحريضاً على التعلم، والاستعداد للجهاد.

= الأنفال)، والبيهقي (١٠/ ١٣)، وابن ماجه (٢/ ٩٤٠ كتاب الجهاد، باب الرمي في سبيل الله)، وأحمد (٤/ ١٥٧)، والدارمي (٢/ ٦٥٠ كتاب الجهاد، باب فضل الرمي).

(١) أي ليس يحل من اللهو إلاّ ذلك، وأهله أراد زوجته. (النظم ١/ ٤١٣).

(٢) المحتسب: هو الطالب، يقال: فلان يحتسب الأخبار أي يطلبها. (النظم ١/ ٤١٣).

(٣) حديث عقبة بن عامر رواه أبو داود (٢/ ١٢ كتاب الجهاد، باب الرمي)، والنسائي (٦/ ١٨٥ كتاب الخيل، باب تأديب الرجل فرسه)، وابن ماجه (٢/ ٩٤٠ كتاب الجهاد، باب الرمي في سبيل الله)، والدارمي (٢/ ٦٥٠ كتاب الجهاد، باب فضل الرمي).
ومنبله: أي معطيه، يقال: نبله إذا أعطاه النبل، وفي الحديث: «إنه كان ينبل سعداً إذا رمى كلما نفدت نبله أنبله» أي أعطاه أخرى، وقيل: هو الملتقط، وقيل: الذي جعل الحديدة في رأسه. (النظم ١/ ٤١٣).

(٤) الهشاشة الارتياح والخفة للمعروف، ومعناه فرح وسرَّ، وقد هششت لفلان بالكسر، ورجل هش بش، وفي رواية للحديث فصيحة: فبهش. (النظم ١/ ٤١٣).

(٥) حديث عثمان رواه الدارمي عن أنس (٢/ ٦٥٩ كتاب الجهاد، باب رهان الخيل)، وأحمد عن أنس (٣/ ١٦٠، ٢٥٦)، والدارقطني (٤/ ٣٠١)، وقال المطيعي: يؤخذ على المصنف... أنه ساق الحديث بقوله روي بصيغة التمريض، والحديث رواه أحمد في «مسنده» والدارمي في «سننه» والدارقطني والبيهقي (المجموع ١٤/ ٣٨٥، سنن البيهقي ١٠/ ٢١).

فصل [العوض منهما]:

ويجوز أن يكون العوض منهما، ويجوز أن يكون من أحدهما، ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال، ويجوز أن يكون من رجل من الرعية، لأنه إخراج مال لمصلحة الدين، فجاز من الجميع، كارتباط الخيل في سبيل الله[1].

ولا يجوز إلاَّ على عوض معلوم، إما معيناً، أو موصوفاً في الذمة؛ لأنه عقد معاوضة، فلم يجز إلاَّ على عوض معلوم، كالبيع.

ويجوز على عوض حال ومؤجل؛ لأنه عوض يجوز أن يكون عيناً وديناً، فجاز أن يكون حالاً ومؤجلاً، كالثمن في البيع.

فصل [العوض في السبق من أحدهما أو السلطان]:

فإن كان العوض من أحدهما، أو من السلطان، أو من رجل من الرعية؛ فهو كالجعالة، وإن كان منهما، ففيه قولان، أحدهما: إنه يلزم كالإجارة، وهو الصحيح؛ لأنه عقد من شرط صحته أن يكون العوض والمعوض معلومين، فكان لازماً كالإجارة[2]، والثاني: أنه لا يلزم كالجعالة، لأنه عقد يبذل العوض فيه على ما لا يوثق به، فلم يلزم كالجعالة.

فإن قلنا: إنه كالإجارة، كان حكمهما في الرهن والضمين حكم الإجارة، وحكمهما في خيار المجلس وخيار الشرط حكم الإجارة[3].

ولا يجوز لواحد منهما فسخه بعد تمامه، ولا الزيادة ولا النقصان بعد لزومه، كما لا يجوز ذلك في الإجارة.

وإن قلنا: إنه كالجعالة، كان حكمه في الرهن والضمان، حكم الجعالة، وقد مضى ذلك في كتاب الرهن، والضمان.

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٣، الروضة ١٠/٣٥٤.

(٢) قال النووي: «والأظهر أن عقدهما لازم لا جائز». (المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٢).

(٣) سبق البيان عن خيار الشرط وخيار المجلس في الإجارة ص ٥٣٢ فصل شرط الخيار.

فأما الفسخ والزيادة والنقصان فإن كان قبل الشروع فيه، أو بعد الشروع فيه، وهما متكافئان[1]، فلكل واحد منهما أن يفسخ ويزيد وينقص؛ لأنه عقد جائز لا ضرر على أحد في فسخه والزيادة والنقصان فيه، وإن كانا غير متكافئين، نظرتَ: فإن كان الذي له الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة، جاز؛ لأنه عقد جائز لا ضرر على صاحبه في الفسخ والزيادة فيه، فملك الفسخ والزيادة فيه؛ وإن كان الذي عليه الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة، ففيه وجهان، أحدهما: له ذلك؛ لأنه عقد جائز فملك فسخه والزيادة فيه، والثاني: ليس له؛ لأنا لو جوزنا ذلك لم يسبق أحد أحداً، لأنه متى لاح له أن صاحبه يغلب فسخ، أو طلب الزيادة، فيبطل المقصود[2].

فـصـل [المسابقة على الخيل والإبل]:

وتجوز المسابقة على الخيل والإبل بعوض[3]، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا سَبَقَ إلاَّ في نَصْل، أو خُفْ، أو حافر»[4]؛ ولأن الخيل تقاتل عليها العرب والعجم، والإبل تقاتل عليها العرب، فجازت المسابقة عليها بالعوض.

واختلف قوله في البغل والحمار، فقال في أحد القولين: تجوز المسابقة

---

(١) متكافئان: أي متساويان. (النظم ١/ ٤١٣).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، لأن الأظهر أن العقد لازم، لا جائز، وليس لأحدهما فسخه، ولا ترك العمل قبل الشروع وبعده، ولا زيادة ولا نقص فيه. (المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٢).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٢، الروضة ١٠/ ٣٥٠.

(٤) حديث أبي هريرة رواه أبو داود (٢/ ٢٨ كتاب الجهاد، باب السَبَق)، والترمذي (٥/ ٣٥٢ كتاب الجهاد، باب الرهان)، والنسائي (٦/ ١٨٨ كتاب الخيل، باب السبق)، وابن ماجه (٢/ ٩٦٠ كتاب الجهاذ، باب السبق والرهان)، وأحمد (٢/ ٢٥٦، ٣٥٨، ٤٢٥، ٤٧٤)، والبيهقي (١٠/ ١٦).

عليهما بعوض، لحديث أبـي هريرة، ولأنه ذو حافر أهلي، فجازت المسابقة عليهما بعوض كالخيل، والثاني: لا تجوز؛ لأنه لا يصلح للكر والفر، فأشبه البقر[(١)].

واختلف أصحابنا في المسابقة على الفيل بعوض، فمنهم من قال: لا تجوز؛ لأنه لا يصلح للكر والفر، ومنهم من قال: تجوز؛ لحديث أبـي هريرة، ولأنه ذو خف يقاتل عليه، فأشبه الإبل[(٢)].

واختلفوا في المسابقة على الحمام، فمنهم من قال: لا تجوز المسابقة عليها، بعوض، وهو المنصوص، لحديث أبـي هريرة؛ ولأنه ليس من آلات الحرب، فلم تجز المسابقة عليه بعوض، ومنهم من قال: تجوز؛ لأنه يستعان به على الحرب في حمل الأخبار، فجازت المسابقة عليه بعوض كالخيل[(٣)].

واختلفوا في سفن الحرب، كالزبازب والشذوات[(٤)]، فمنهم من قال: تجوز؛ وهو قول أبـي العباس لأنها في قتال الماء كالخيل في قتال الأرض، ومنهم من قال: لا تجوز؛ لأن سبقها بالملاح لا بمن يقاتل فيها[(٥)].

واختلفوا في المسابقة على الأقدام بعوض، فمنهم من قال: تجوز؛ لأن

---

(١) القول الأول هو الراجح، وتجوز المسابقة على البغل والحمار في الأظهر، ولا تجوز المسابقة على البقر على المذهب. (المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٢، الروضة ١٠/ ٣٥٠، ٣٥٢).

(٢) القول الثاني هو الراجح، وتجوز المسابقة على الفيل في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٢، الروضة ١٠/ ٣٥٠).

(٣) القول الأول هو الراجح، ولا تجوز المسابقة على الحمام بعوض في الأصح، ويجوز ذلك بدون عوض. (المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٢، الروضة ١٠/ ٣٥١).

(٤) الزبازب: الواحد زبزب، ضرب من السفن، وهما نوعان من السفن: صغار سريعة الجري خفاف، وكبار، وهو من ألفاظ العجم. (النظم ١/ ٤١٤).

(٥) القول الأول هو الراجح، وتجوز المسابقة بالسفن والزوارق بلا عوض، وتجوز بعوض في الأصح. (الروضة ٤/ ٣٥١).

الأقدام في قتال الرجالة كالخيل في قتال الفرسان، ومنهم من قال: لا تجوز، وهو المنصوص، لحديث أبـي هريرة، ولأن المسابقة بعوض أجيزت ليتعلم بها ما يستعان به في الجهاد، والمشي بالأقدام لا يحتاج إلى التعلم[1].

واختلفوا في الصراع، فمنهم من قال: يجوز بعوض، لما روي «أن النبـي ﷺ صارع يزيد بن ركانة على شاء فصرعه، ثم عاد فصرعه، ثم عاد فصرعه، فأسلم، ورد عليه الغنم[2]» ومنهم من قال: لا يجوز، وهو المنصوص، لحديث أبـي هريرة، ولأنه ليس من آلات القتال، وحديث يزيد بن ركانة محمول على أنه فعل ذلك ليسلم، ولأنه لما أسلم ردَّ عليه ما أخذ منه[3].

فـصـل [الرمي بالنشاب والنبل]:

وتجوز المسابقة بعوض على الرمي بالنشاب والنبل، وكل ماله نصل يرمى به، كالحراب؛ والرانات[4]، لحديث أبـي هريرة، ولأنه يحتاج إلى تعلمه في الحرب، فجاز أخذ العوض عليه.

ويجوز على رمي الأحجار عن المقلاع، لأنه سلاح يرمى به، فهو كالنشاب[5].

---

(١) القول الأول هو الراجح، خلافاً لما نقله المصنف، وتصح المسابقة على الأقدام بلا عوض، والأصح منها بالعوض. (الروضة ١٠/ ٣٥١).

(٢) هذا الحديث رواه أبو داود بلفظ مختصر، وفيه رجل مجهول (٢/ ٣٧٦ كتاب اللباس، باب العمائم)، والترمذي (٥/ ٤٨٢ كتاب اللباس، باب ٤١)، وقال: هذا حديث غريب، وإسناده ليس بالقائم، ورواه أبو داود في «المراسيل». (المجموع ١٤/ ٣٩١)، ورواه البيهقي بألفاظ قريبة من ألفاظ المصنف. (١٠/ ١٨).

(٣) القول الأول هو الراجح، خلافاً لما نقله المصنف، فالمسابقة على الصراع جائزة بلا عوض، والأصح بالعوض، كما قال النووي. (الروضة ١٠/ ٣٥١).

(٤) الرانات: المزاريق، وهي: الرماح. (النظم ١/ ٤١٤).

(٥) رمي الحجارة بالمقلاع فيه طريقان، أحدهما: الجواز، والثاني: وجهان، أصحهما: الجواز. (الروضة ١٠/ ٣٥١، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١١).

وأما الرمح، والسيف، والعمود، ففيه وجهان، أحدهما: تجوز المسابقة عليها بعوض؛ لأنه سلاح يقاتل به فأشبه النشاب، والثاني: لا تجوز؛ لأن القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد للحرب، والمسابقة بهذه الآلات محاربة لا مسابقة، فلم تجز كالسبق على أن يرمي بعضهم بعضاً بالسهم(١).

فصل [الصولجان والأحجار]:

وأما كرة الصولجان، ومداحاة الأحجار(٢)، ورفعها من الأرض، والمشابكة، والسباحة، واللعب بالخاتم، والوقوف على رجل واحدة، وغير ذلك من اللعب الذي لا يستعان به على الحرب، فلا تجوز المسابقة عليها بعوض؛ لأنه لا يعد للحرب، فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل(٣).

فصل [المسابقة على مركوبين]:

وإن كانت المسابقة على مركوبين، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا تجوز إلاّ على مركوبين من جنس واحد، كالفرسين، والبعيرين، فإن سابق بين فرس وبعير، أو فرس وبغل، لم يجز؛ لأن تفاضل الجنسين معلوم، وأنه لا يجري البغل في شوط الفرس، كما قال الشاعر:

إن المذرع لا تغني خؤولته ... كالبغل يعجز عن شوط المحاضير(٤)

---

(١) يبدو ترجيح الوجه الأول في جواز المسابقة بالرمح والسيف والعمود، لأنهما تساعد على أمور الحرب.

(٢) الصولجان معروف يضرب به الكرة، عود أعوج معقف، وأصل الكرة كرو، والهاء عوض، وتجمع على كَرين وكُرين بالضم والكسر، وكرات، ومداحاة الأحجار أمثال القرصة يحفرون حفيرة فيدحون بها إليها، فمن وقع حجره فيها فقد قمر، والحفيرة هي الأدحية، وفي حديث أبي رافع: كنت ألاعب الحسن والحسين بالمداحي، وتسمى المسادي، ويدحون أي يحفرونها على وجه الأرض. (النظم ١/ ٤١٤).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج (٤/ ٣١١، ٣١٢، الروضة ١٠/ ٣٥١).

(٤) المذرع: هو الذي أمه أشرف من أبيه، وسمي مذرعاً بالرقمتين في ذراع البغل، لأنهما أتياه =

ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين[1]؛ لأن العتيق في أول شوطه أحد، وفي آخره ألين، والهجين في أول شوطه ألين، وفي آخره أحد، فربما صارا عند الغاية متكافئين.

ومنهم من قال: وهو قول أبـي إسحاق، إنه يعتبر التكافؤ بالتقارب في السبق، فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار، جاز؛ لأنه يجوز أن يكون كل واحد منهما سابقاً، والآخر مسبوقاً، وإن تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق، والبختي[2]، والنجيب[3]، لم يجز؛ لأنه يعلم أن أحدهما لا يجري في شوط الآخر[4]، قال الشاعر:

إن البـــراذيـــن إذا أجـــريتهـــا   مـــع العتـــاق ســـاعـــة أعنيتهـــا[5]

فلا معنى للعقد عليه.

فـصـــل [المركوبان معينان]:

ولا تجوز إلاَّ على مركوبين معينين، لأن القصد معرفة جوهرهما[6]، ولا

= من ناحية الحمار، والمحاضير جمع محضار، وهو السريع في العدو، والحضر والاحتضار: العدو. (النظم ١/ ٤١٤).

(١) العتيق: الذي أبواه عربيان، والهجين: أبوه عربـي، وأمه أعجمية. (النظم ١/ ٤١٤).

(٢) البختي جنس من الإبل، بطيء الجري، قيل: لا شقشقة له إذا هدر. (النظم ١/ ٤١٤).

(٣) النجيب: الحسن الخلق، السريـع في المشي، ومعنـاه المختـار، انتجبت الشيء اخترتـه. (النظم ١/ ٤١٥).

(٤) القول الأول هو الراجح، ويكفي اشتراط إمكان سبق كل واحد، ويجوز السبق بين البغل والحمار في الأصح لتقاربهما، ولا يضر الاختلاف في النوع كعتيق وهجين من الخيل، ونجيب وبختي من الإبل. (المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٣)، وقال النووي عن كلام أبـي إسحاق: «وينبغي أن يرجح هذا، وإن كان الأول أشهر». (الروضة ١٠/ ٣٥٧).

(٥) البرذون: فرس عجمي، وهو القصير العنق، الثقيل في جسمه، البطيء في جريه. (النظم ١/ ٤١٥).

(٦) جوهرهما: أي نفاستهما، وجودة جريهما. (النظم ١/ ٤١٥).

يعرف ذلك إلاَّ بالتعيين[(١)].

فـصـل [المسافة معلومة]:

ولا تجوز إلاَّ على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء، لحديث ابن عمر رضي الله عنه «أن النبـي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع، وما لم يضمر منها من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق»[(٢)]، ولأنهما إذا تسابقا على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر إلى غير غاية، لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الآخر إلى أن يعطبا[(٣)].

ولا يجوز أن يكون إجراؤه إلاَّ بتدبير الراكب؛ لأنهما إذ جريا لأنفسهما تنافرا، ولم يقفا على الغاية[(٤)]

وإن تسابقا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام فأكثر، كان السبق له فقد قال أبو علي الطبري في «الإفصاح»: يجوز ذلك عندي؛ لأنهما يتحاطان ما تساويا فيه، وينفرد أحدهما بالقدر الذي شرطه، فجاز، كما يجوز في الرمي أن يتناضلا على أن يتحاطا ما تساويا فيه، ويفضل لأحدهما عدد، قال أبو علي الطبري: ورأيت من أصحابنا من منع ذلك وأبطله، ولا أعرف له وجهاً.

فـصـل [المخرج السلطان أو من الرعية]:

وإن كان المخرج للسبق هو السلطان، أو رجل من الرعية، لم يخل إما أن يجعله للسابق منهم، أو لبعضهم، أو لجميعهم.

فإن جعله للسابق بأن قال: من سبق منكم فله عشرة جاز؛ لأنه يجتهد كل

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٣، الروضة ١٠/٣٥٧.

(٢) حديث ابن عمر صحيح، وسبق بيانه ص ٥٧٥ هـ ٤.

(٣) انظر: الروضة ١٠/٣٥٢.

(٤) انظر: الروضة ١٠/٣٥٨.

واحد منهم أن يكون هو السابق، ليأخذ السبق، فيحصل المقصود، فإن سبق واحد منهم استحق العشرة؛ لأنه سبق، وإن اثنان، أو ثلاثة، وجاءوا مكاناً واحداً اشتركوا في العشرة، لأنهم اشتركوا في السبق، فإن جاءوا كلهم مكاناً واحداً، لم يستحق واحد منهم؛ لأنه لم يسبق منهم أحد[١].

وإن جعله لبعضهم، بأن جعله للمجلي والمصلي[٢] ولم يجعل للباقي جاز؛ لأن كل واحد منهم يجتهد أن يكون هو المجلي أو المصلي، ليأخذ السبق، فيحصل المقصود.

وإن جعله لجميعهم نظرتَ: فإن سوى بينهم، بأن قال من جاء منكم إلى الغاية فله عشرة، لم يصح؛ لأن القصد من بذل العوض هو التحريض على المسابقة وتعلم الفروسية[٣]، فإذا سوّى بين الجميع علم كل واحد منهم أنه يستحق السبق، تقدم أو تأخر، فلا يجتهد في المسابقة، فيبطل المقصود.

وإن شرط للجميع، وفاضل بينهم بأن قال: للمجلي وهو الأول مائة، وللمصلي وهو الثاني خمسون، وللتالي[٤]، وهو الثالث، أربعون، وللبارع[٥] وهو الرابع ثلاثون، وللمرتاح[٦] ....

(١) انظر: الروضة ١٠/ ٣٥٤.
(٢) المجلي: وهو الأول، ويحتمل أن يكون من جلا الهموم إذا فرجها وكشفها، والمصلي: هو الثاني، لأن جفلته على صلى السابق، وهي منخره، والصلوان عظمان عن يمين الذنب وشماله. (النظم ١/ ٤١٥).
(٣) يقال: فارس على الخيل، بيِّن الفروسية، وفارس بالعين بيِّن الفراسة، أي جيد التفرس، بصير بالأشياء. (النظم ١/ ٤١٥).
(٤) التالي: هو التابع، تلاه إذا تبعه. (النظم ١/ ٤١٥).
(٥) البارع: الفائق، يقال: بَرَع الرجل، وبَرُع بالضم براعة، أي فاق أصحابه في العلم فهو بارع. (النظم ١/ ٤١٦).
(٦) المرتاح: مفتعل من راح الفرس يراح راحة إذا تحصن، أي صار فحلاً، وارتاح أيضاً إذا نشط وجف. (النظم ١/ ٤١٦).

وهو الخامس عشرون، وللحظي [١] وهو السادس خمسة عشر، وللعاطف[٢] وهو السابع عشرة، وللمرمل[٣] وهو الثامن ثمانية، وللطيم[٤] وهو التاسع خمسة، وللسكيت[٥] وهو العاشر درهم، وللفسكل[٦] وهو الذي يجيء بعد الكل نصف درهم، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأن كل واحد منهم يجتهد ليأخذ الأكثر، والثاني: لا يجوز؛ لأن كل واحد منهم يعلم أنه لا يخلو من شيء تقدم أو تأخر، فلا يجتهد في المسابقة[٧].

وإن جعل للأول عشرة، وللثالث خمسة، وللرابع أربعة، ولم يجعل للثاني شيئاً ففيه وجهان، أحدهما: يصح، ويقوم الثالث مقام الثاني، والرابع مقام الثالث؛ لأن الثاني بخروجه من السبق[٨] يجعل كأن لم يكن، والثاني: أنه يبطل؛

---

(١) الحظي: الذي له قدر ومنزلة عند صاحبه، يقال: قد حظي عند الأمير، واحتظى به، واحتظيته أي فضلته على غيره. (النظم ١/٤١٦).

(٢) العاطف: أخذ إما من عطف إذا كر، وإما من عطف إذا شفق، كأن صاحبه يشفق عليه. (النظم ١/٤١٦).

(٣) المرمل: الذي يرمل ويعدو، والرمل: العَدْو والإسراع، وفي بعض النسخ: «المؤمل» ولا يوصف به الفرس في اللغة، ولعله أمل لأن يسبق. (النظم ١/٤١٦).

(٤) اللطيم الذي يلطمه النساء لتأخره وإعيائه. (النظم ١/٤١٦).

(٥) السُكيت: مثل الكميت، وهو الآخر، وقد يشدد فيقال: السّكيت، وهو القاشور، واشتقاقه من قشر أي شتم، لمجيئه أخيراً، والقاشور: الشؤم، والقاشور: السنة الجدبة، لقلة حظه من السبق، والسكيت مشتق من سكت أي سكن، أو من أسكت أي انقطع لتخلفه وانقطاعه، وقيل: هذه أسماء خيل في الجاهلية سوبق بينها فبقيت على أسمائها. (النظم ١/٤١٦).

(٦) الفَسْكل: ويقال فُسكول بالضم وسين مهملة، وفِسْكول بكسر الفاء وفتح الكاف، وسمي المحلل محللاً لأن بدخوله يحل السَبَق، ولا يكون قماراً. (النظم ١/٤١٦).

(٧) الوجه الأول هو الراجح، فيجوز للجميع مع التفاضل في الأصح. (الروضة ١٠/٣٥٢، ٣٥٣، المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٤).

(٨) السَبَق: بفتح الباء، وهو المال، وبإسكانها: المصدر. (النظم ١/٤١٦).

لأنه فضل الثالث والرابع على من سبقهما[١].

فصل [المتسابقان والمحلل]:

فإن كان المخرج للسبق هما المتسابقان، نظرت فإن كان معهما محلِّل، وهو ثالث على فرس كفء لفرسيهما، صح العقد، وإن لم يكن معهما محلل، فالعقد باطل، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق، فلا بأس، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار»[٢]، ولأن مع المحلل لا يكون قماراً؛ لأن فيهم من يأخذ إذا سبق، ولا يعطي إذا سبق وهو المحلل، ومع عدم المحلل ليس فيهم إلاَّ من يأخذ إذا سبق، ويعطي إذا سبق، وذلك قمار[٣].

وإن كان المحلل اثنين أو أكثر، جاز؛ لأن ذلك أبعد من القمار.

وإن كانت المسابقة بين حزبين كان حكمهما في المحلل حكم الرجلين؛ لأن القصد من دخول المحلل الخروج من القمار، وذلك يحصل بالمحلل الواحد مع قلة العدد وكثرته.

واختلف أصحابنا في دخول المحلل، فذهب أكثرهم إلى أن دخول المحلل لتحليل السبق لكل من سبق منهم، وذهب أبو علي بن خيران إلى أن دخوله لتحليل السبق لنفسه، وأن يأخذ إذا سبق، ولا يأخذان إذا سبقا؛ لأنا لو قلنا: إنهما إذا

---

(١) ذكر النووي الوجهين، وأنهما مبنيان على استحقاق أجرة المثل لمن بطل السبق في حقه، فإن استحق أجرة المثل صح، وإلاَّ فلا، ثم ذكر النووي فيما بعد أنه إذا فسدت المسابقة، فالمذهب أن السابق يستحق أجرة المثل، مما يفهم منه ترجيح الوجه الأول. (انظر: الروضة ١٠/٣٥٣، ٣٦٢).

(٢) حديث أبي هريرة رواه ابن ماجه (٢/ ٩٦٠ كتاب الجهاد، باب السبق والرهان)، وأحمد (٢/٥٠٥)، والحاكم (٢/١١٤)، والبيهقي (١٠/ ٢٠) وله أسانيد مختلفة (المجموع ١٤/٤٠٣).

(٣) يقال: قمرته أقمِرة بالكسر قمراً لاعبته فيه فغلبته. (النظم ١/ ٤١٦).

سبقا أخذا حصل فيهم من يأخذ مرة، ويعطي مرة، وهذا قمار، والمذهب الأول؛ لأنا بينا أن بدخول المحلل خرجا من القمار؛ لأن في القمار ليس فيهم إلاّ أن يعطي مرة، ويأخذ مرة، وبدخول المحلل قد حصل فيهم من يأخذ، ولا يعطي، فلم يكن قماراً.

فإن تسابقوا نظرتَ: فإن انتهوا إلى الغاية معاً أحرز كل واحد منهما سبقه؛ لأنه لم يسبقه أحد، ولم يكن للمحلل شيء؛ لأنه لم يسبق واحداً منهما، وإن سبق المخرجان أحرز كل واحد منهما سبقه؛ لأنهما تساويا في السبق، ولا شيء للمحلل؛ لأنه مسبوق، وإن سبقهما المحلل أخذ سبقهما؛ لأنه سبقهما، وإن سبق أحد المخرجين وتأخر المحلل والمخرج الآخر، أحرز السابق سبق نفسه، وفي سبق المسبوق وجهان، المذهب: أنه للسابق المخرج؛ لأنه انفرد بالسبق، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبق المسبوق لنفسه؛ لأنه لا يستحقه السابق المخرج على قوله، ولا يستحقه المحلل؛ لأنه لم يسبق، وإن سبق المحلل وأحد المخرجين أحرز السابق سبق نفسه، وفي سبق المسبوق وجهان، المذهب: أنه بين المخرج السابق والمحلل، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبقه للمحلل، وإن سبق أحد المخرجين ثم جاء المحلل، ثم جاء المخرج الآخر، ففيه وجهان، المذهب: أن سبق المسبوق للمخرج السابق بسبقه، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمحلل دون السابق، وإن سبق أحد المخرجين ثم جاء المخرج الثاني، ثم جاء المحلل، ففيه وجهان، المذهب: أن سبق المسبوق للسابق، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق؛ لأن المخرج السابق لا يستحقه، والمحلل لم يسبق فبقي على ملك صاحبه[1].

فصل [المخرج أحدهما]:

وإن كان المخرج للسبق أحدهما جاز من غير محلل؛ لأن فيهم من يأخذ ولا

(١) انظر: الروضة ١٠/ ٣٥٥، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٤.

يعطي وهو الذي لم يخرج، فصار كما لو كان السبق منهما، وبينهما محلل، فإن تسابقا فسبق المخرج أحرز السبق، وإن سبق الآخر أخذ سبقه، وإن جاءا معاً أحرز المخرج السبق؛ لأنه لم يسبقه الآخر.

فصـــل [إطلاق الفرسان]:

ويطلق الفرسان من مكان واحد في وقت واحد، لما روى الحسن أو خلاس عن علي كرم الله وجهه «أن النبي ﷺ قال لعلي: يا علي، قد جعلت إليك هذه السبقة بين الناس، فخرج علي كرم الله وجهه فدعا بسراقة بن مالك، فقال يا سراقة إني قد جعلت إليك ما جعل النبي ﷺ في عنقي من هذه السُبْقة في عنقك، فإذا أتيت الميطان[1] فصف الخيل، ثم ناد ثلاثاً هل مصلح للجام، أو حامل لغلام، أو طارح لجل، فإذا لم يجبك أحد، فكبر ثلاثاً، ثم خلها عند الثالثة، يسعد الله بسبقه من يشاء من خلقه»[2].

فإن كان بينهما محلل وتنازعا في مكانه جعل بينهما؛ لأنه أعدل وأقطع للتنافر.

وإن اختلف المتسابقان في اليمين واليسار أقرع بينهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر.

ولا يجلب وراءه[3]، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال:

---

(١) الميطان: هو الموضع الذي يوطن ليرسل منه الخيل في السباق، وهو أول الغاية، والميداء والميتاء آخر الغاية، والغاية هي التي ينتهي إليها جريهما. (النظم ١/ ٤١٦).

(٢) حديث علي رواه الدارقطني (٤/ ٣٠٥)، والبيهقي بإسناد الدارقطني، وقال: هذا إسناد ضعيف. (١٠/ ٢٢).
والسُبقة بضم السين وسكون الباء وهو الشيء الذي يجعله المتسابقان بينهما، يأخذه من سبق منهما. (المجموع ١٤/ ٤٠٧).

(٣) يجلب وراءه: من أجلب على الخيل أي صَوَّت، والجلبة كثرة الأصوات. (النظم ١/ ٤١٦، المجموع ١٤/ ٤٠٧).

«من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا»[1] قال مالك: الجلب أن يجلب وراء الفرس حين يدنو، أو يحرك وراءه الشن[2]، ليستحث به السبق.

فصل [ما يسبق به]:

وأما ما يسبق به فينظر فيه، فإن شرط في السبق أقداماً معلومة لم يستحق السبق بما دونها؛ لأنه شرط صحيح فتعلق الاستحقاق به، وإن أطلق نظرتَ: فإن تساوى المركوبان في طول العنق اعتبر السبق بالعنق، أو بالكتد[3]، فإن سبق أحدهما بالعنق أو ببعضه، أو بالكتد أو ببعضه، فقد سبق.

وإن اختلفا في العنق اعتبر السبق بالكتد؛ لأنه لا يختلف، وإن سبق أطولهما عنقاً بقدر زيادة الخلقة لم يحكم له بالسبق؛ لأنه يسبق بزيادة الخلقة لا بجودة الجري[4].

فصل [العثرة أو العلة]:

وإن عثر أحد الفرسين، أو ساخت قوائمه[5] في الأرض، أو وقف لعلة أصابته، فسبقه الآخر، لم يحكم للسابق بالسبق؛ لأنه لم يسبق بجودة الجري، ولا تأخر المسبوق لسوء جريه[6].

---

(١) حديث ابن عباس أخرجه أبو يعلى بإسناد صحيح بلفظ «ليس منا من أجلب على الخيل يوم الرهان»، وأخرجه الطبراني بلفظ «لا جلب في الإسلام»، وفي إسناده أبو شيبة ضعيف. (المجموع ١٤/٤٠٧)، وانظر: سنن البيهقي (١٠/ ٢١).

(٢) الشن: قربة بالية. (النظم ١/ ٤١٧).

(٣) الكتد: بفتح التاء وكسرها، والفتح أشهر، وهو الكاهل ما بين أصل العنق والظهر، وهو مجتمع الكتفين، وهو من الخيل مكان السنام من البقر. (النظم ١/ ٤١٧، الروضة ١٠/ ٣٥٩).

(٤) انظر: الروضة ١٠/ ٣٥٩.

(٥) ساخت قوائمه: أي نزلت فيها من رخوتها. (النظم ١/ ٤١٧).

(٦) انظر: الروضة ١٠/ ٣٦٠.

فصل [موت المركوب]:

وإن مات المركوب قبل الفراغ بطل العقد؛ لأن العقد تعلق بعينه، وقد فات بالموت، فبطل، كالمبيع إذا هلك قبل القبض[1]، وإن مات الراكب فإن قلنا: إنه كالجعالة بطل العقد بموته، وإن قلنا: إنه كالإجارة لم يبطل، وقام الوارث فيه مقامه[2].

فصل [العقد على الرمي]:

وإن كان العقد على الرمي لم يجز بأقل من نفسين؛ لأن المقصود معرفة الحذق، ولا يبين ذلك بأقل من اثنين، فإن قال رجل لآخر: ارم عشراً، وناضل فيها خطأك بصوابك، فإن كان صوابك أكثر فلك دينار، لم يجز؛ لأنه بذل العوض على أن يناضل نفسه، وقد بينا أن ذلك لا يجوز. وإن قال: ارم عشرة، فإن كان صوابك أكثر فلك دينار، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه بذل له العوض على عمل معلوم لا يناضل فيه نفسه، فجاز، والثاني: لا يجوز؛ لأنه جعل العوض في مقابلة الخطأ والصواب، والخطأ لا يستحق به بدل.

فصل [العوض في السبق]:

ولا يجوز إخراج السبق إلاَّ على ما ذكرناه في المسابقة من إخراج العوض منهما، أو من غيرهما، وفي دخول المحلل بينهما[3].

فصل [تعيين المتراميين]:

ولا يصح حتى يتعين المتراميان؛ لأن المقصود معرفة حذقهما، ولا يعلم

---

(١) انظر: الروضة ١٠/ ٣٥٨.

(٢) الأظهر أن عقد المسابقة لازم كالإجارة، لكن تنفسخ بموت أحدهما، كما يحصل الانفساخ في المسابقة بموت الفرس. (الروضة ١٠/٣٥٨، ٣٦١، ٣٨٦، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٢).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٣، ٣١٤، الروضة ١٠/ ٣٥٤.

ذلك إلاَّ بالتعيين، فإن كان أحدهما كثير الإصابة، والآخر كثير الخطأ، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأن نضل أحدهما معلوم فيكون الناضل منهما كالآخذ للمال من غير نضال، وذلك من أكل المال بالباطل، والثاني: يجوز[1]؛ لأن أخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمي، والحذق فيه[2].

فصل [الآلتان متجانستان]:

ولا يصح إلاَّ على آلتين متجانستين، فإن عقد على جنسين، بأن يرمي أحدهما بالنشاب، والآخر بالحراب، لم يجز؛ لأنه لا يعلم فضل أحدهما على الآخر في واحد من الجنسين، وإن عقد على نوعين من جنس، بأن يرمي أحدهما بالنبل، والآخر بالنشاب، أو يرمي أحدهما على قوس عربي، والآخر على قوس فارسي جاز؛ لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان، فيعرف به حذقهما[3].

فإن أطلق العقد في موضع العرف فيه نوع واحد، حمل العقد عليه، وإن لم يكن فيه عرف لم يصح حتى يبين؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف النوعين، فوجب بيانه.

وإن عقد على نوع فأراد أن ينتقل إلى نوع آخر، لم تلزم الإجابة إليه؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع، فإن من الناس من يرمي بأحد النوعين أجود من رميه بالنوع الآخر.

---

(١) في المطبوعة: «لا يجوز» وهو خطأ مطبعي، وتكرر في (المجموع ١٤/٤١٣).

(٢) يبدو ترجيح الوجه الثاني، ليتم التمرين والحث على الرمي مع احتمال الإصابة، قال النووي: «ولا بأس بالتفاوت». (الروضة ١٠/ ٣٧٢) أما إذا قطع بإصابة أحدهما وخطأ الآخر فلا يجوز. (المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٣).

(٣) هذا هو القول الصحيح، وفيه وجه أنه لا تجوز المناضلة بالنبل مع النشاب. (الروضة ١٠/ ٣٦٤).

وإن عقد على قوس بعينها، فأراد أن ينتقل إلى غيرها من نوعها جاز؛ لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان، فإن شرط على أنه لا يبدل[1]، فهو على الأوجه الثلاثة فيمن استأجر ظهراً ليركبه على أن لا يركبه مثله، وقد بيناها في كتاب الإجارة[2].

فصل [العدد المعلوم]:

ولا يجوز إلاَّ على رِشْق[3] معلوم، وهو العدد الذي يرمى به، لأنه إذا لم يعرف منتهى العدد لم يبن الفضل، ولم يظهر السبق[4].

فصل [إصابة العدد المعلوم]:

ولا يجوز إلاَّ على إصابة عدد معلوم؛ لأنه لا يبين الفضل إلاَّ بذلك[5]، فإن شرط إصابة عشرة من عشرة، أو تسعة من عشرة، ففيه وجهان، أحدهما: يصح؛ لأنه قد يصيب ذلك فصح العقد، كما لو شرط إصابة ثمانية من عشرة، والثاني: لا يصح؛ لأن إصابة ذلك تندر، وتتعذر، فبطل المقصود بالعقد[6].

فصل [مدى الغرض معلوم]:

ولا يجوز إلاَّ أن يكون مدى الغرض[7] معلوماً، لأن الإصابة تختلف بالقرب

---

(١) قال النووي: «ولا يشترط تعيين قوس وسهم، فإن عُين لغا، وجاز إبداله بمثله، فإن شرط منع إبداله فسد العقد». (المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٧).

(٢) سبق بيان ذلك ص ٥٣٩ وما بعدها إلى ٥٤٣.

(٣) الرِشق: بكسر الراء، عدد الرمي، ويقال: الوجه واليد، وأما الرَشق بفتح الراء فهو الرمي نفسه، تقول: رشقت رشقاً أي رميت رمياً. (النظم ١/٤١٧).

(٤) انظر: الروضة ١٠/٣٨٦، المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٥.

(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٦.

(٦) الوجه الثاني هو الراجح، ويفسد العقد إن امتنعت الإصابة عادة أو ندرت أو تيقنت. (مغني المحتاج ٤/٣١٦).

(٧) مدى الغرض: أي مدى الغاية، يقال: قطعت من الأرض مدى البصر، وقدر مد البصر =

والبعد، فوجب العلم به، فإن كان في الموضع غرض معلوم المدى، فأطلق العقد جاز، وحمل عليه، كما يجوز أن يطلق الثمن في البيع في موضع فيه نقد واحد، وإن لم يكن فيه غرض معلوم المدى لم يجز العقد حتى يبين، فإن أطلق العقد بطل، كما يبطل البيع بثمن مطلق في موضع لا نقد فيه[1].

ويجوز أن يكون مدى الغرض قدراً يصيب مثلهما في مثله في العادة، ولا يجوز أن يكون قدراً لا يصيب مثلهما في مثله، وفيما يصيب مثلهما في مثله نادراً، وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه قد يصيب مثلهما في مثله، فإذا عقدا عليه بعثهما العقد على الاجتهاد في الإصابة، والثاني: لا يجوز؛ لأن إصابتهما في مثله تندر، فلا يحصل المقصود[2].

وقدر أصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعاً، وما لا يصاب بما زاد على ثلثمائة وخمسين ذراعاً، وفيما بينهما وجهان، فإن تراميا على غير غرض على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه يمتحن به قوة الساعد، ويستعان به على قتال من بعد من العدوّ، والثاني: لا يجوز؛ لأن الذي يقصد بالرمي هو الإصابة، فأما الإبعاد، فليس بمقصود، فلم يجز أخذ العوض عليه[3].

فصل [الغرض معلوم بنفسه]:

ويجب أن يكون الغرض معلوماً، في نفسه، فيعرف طوله، وعرضه، وقدر

= أيضاً، والغرض: هو الذي ينصب ليرمى من خشب أو جلد أو قرطاس. (النظم ١/٤١٨، مغني المحتاج ٤/٣١٦).

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٦.

(٢) قال النووي: «وإن كانت الإصابة فيها نادرة ففيه الوجهان أو القولان في الشروط النادرة». (الروضة ١٠/٣٦٧).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، ويصح العقد على الأصح على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً. (الروضة ١٠/٣٦٧).

انخفاضه، وارتفاعه من الأرض؛ لأن الإصابة تختلف باختلافه.

فإن كان العقد في موضع فيه غرض معروف، فأطلق العقد حمل عليه، كما يحمل البيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد[١].

وإن لم يكن فيه غرض وجب بيانه، والمستحب: أن يكون الرمي بين غرضين، لما روى عبد الدائم بن دينار[٢] قال: بلغني «أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة»[٣]، وعن عقبة بن عامر «أنه كان يرمي بين غرضين بينهما أربعمائة»[٤]، وعن ابن عمر «أنه كان يختفي بين الغرضين»، وعن أنس «أنه كان يرمي بين الهدفين» ولأن ذلك أقطع للتنافر، وأقل للتعب.

فـصـل [موضع الغرض]:

ويجب أن يكون موضع الإصابة معلوماً، وأن الرمي إلى الهدف وهو التراب الذي يجمع، أو الحائط الذي يبنى، أو إلى الغرض، وهو الذي ينصب في الهدف[٥]، أو الشن الذي في الغرض، أو الدارة التي في الشن، أو الخاتم الذي في الدارة؛ لأن الغرض يختلف باختلافها، فإن أطلق العقد حمل على الغرض؛ لأن العرف في الرمي إصابة الغرض، فحمل العقد عليه.

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٦، الروضة ١٠/ ٣٦٧.

(٢) أبناء دينار ثلاثة: عبد الله وعمرو ومالك، وليس فيهم من اسمه عبد الدائم، وليس في رواة السنة من اسمه عبد الدائم، فضلاً عن أن يكون ابن دينار. (المجموع ١٤/ ٤١٩).

(٣) هذا من كلام الفقهاء كالشيرازي وابن قدامة وغيرهما، وذكره الماوردي في «الحاوي» مرفوعاً من طريق ابن دينار مبهماً، وساقه المنذري في الترغيب في الرمي، وأخرجه صاحب «مسند الفردوس» وفي إسناده ضعف وانقطاع. (المجموع ١٤/ ٤١٩).

(٤) هذا الخبر ثابت في سيرة عقبة بن عامر، وأنه لم يثبت عن غيره الرمي إلى أربعمائة ذراع، وهو أحد ولاة مصر بعد عمرو، وتوفي في خلافة معاوية. (المجموع ١٤/ ٤٢٠).

(٥) الهدف: كل شيء مرتفع من بناء، أو كثيب رمل أو جبل، ومنه سمي الغرض، وقيل: الغرض ما نصب في الهواء. (النظم ١/ ٤١٨).

ويجب أن تكون صفة الرمي معلومة من القرع، وهو إصابة الغرض، أوالخزق[1]، وهو أن يثقب الشن، أو الخسق[2]، وهو الذي يثقبه ويثبت فيه، أو المرق وهو الذي ينفذ منه، أو الخرم وهو أن يقطع طرف الشن، ويكون بعض السهم في الشن وبعضه خارجاً منه؛ لأن الحذق لا يبين إلاّ بذلك[3].

فإن أطلق العقد حمل على القرع؛ لأنه هو المتعارف فحمل مطلق العقد عليه[4]، فإن شرط قرع عشرة من عشرين، وأن يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين جاز؛ لأنهما يتساويان فيه، وإن أصاب أحدهما تسعة قرعاً، وأصاب الآخر قارعين، وأربعة خواسق، فقد نضله لأنه استكمل العشرة بالخواسق.

فصل [حكم الإصابة]:

واختلف أصحابنا في بيان حكم الإصابة أنه مبادرة، أو محاطّة، أو حوابي[5]، فمنهم من قال: يجب بيانه، فإن أطلق العقد لم يصح؛ لأن حكمها يختلف، وأغراض الناس فيها لا تتفق، فوجب بيانه، ومنهم من قال: يصح، ويحمل على المبادرة؛ لأن المتعارف في الرمي هو المبادرة[6].

---

(١) الخزق: بالزاي مثل الخسق. (النظم ١/٤١٨).

(٢) الخاسق: هو المقرطس، والقرطاس: ما ينصب في الهدف للرمي. (النظم ١/٤١٨).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٦، الروضة ١٠/٣٦٦.

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٧.

(٥) الحوابي: جمع حابي، والحابي من السهام الذي يقع على الأرض ثم يزحف إلى الهدف، يقال: حبا الصبي يحبو إذا زحف أول ما يمشي على أسته وبطنه، وهذا مأخوذ منه. (النظم ١/٤١٨).

(٦) القول الثاني هو الراجح، ولا يشترط بيان حكم الإصابة في الأصح، وهو ما رجحه النووي في (الروضة ١٠/٣٦٨)، وأكده الشربيني في (مغني المحتاج ٤/٣١٥)، وجزم النووي بالاشتراط في «المنهاج» تبعاً «للمحرر» وهو وجه (المنهاج ومغني المحتاج ٤/٣١٤، ٣١٥).

واختلفوا في بيان من يبتدىء بالرمي، فمنهم من قال: يجب، فإن أطلق العقد بطل، وهو المنصوص؛ لأن ذلك موضوع على نشاط القلب وقوة النفس، ومتى قدم أحدهما انكسر قلب الآخر، وساء رميه، فلا يحصل مقصود العقد، ومنهم من قال: يصح لأن ذلك من توابع العقد، ويمكن تلافيه بما تزول به التهمة من العرف أو القرعة[1]، فإذا قلنا: إنه يصح، ففي البادىء وجهان، أحدهما: إن كان السبق من أحدهما قدم؛ لأن له مزية بالسبق، وإن كان السبق منهما أقرع بينهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، والثاني: لا يبدأ أحدهما إلاّ بالقرعة؛ لأن أمر المسابقة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق[2].

فإن كان الرمي بين غرضين فبدأ أحدهما من أحد الغرضين، بدأ الآخر من الغرض الآخر؛ لأنه أعدل وأسهل، فإن كانت البداية لأحدهما فبدأ الآخر ورمى لم يحسب له إن أصاب، ولا عليه إن أخطأ؛ لأنه رمى بغير عقد، فلم يعتد به.

وإن اختلفا في موضع الوقوف، كان الأمر إلى من له البداية؛ لأنه لما ثبت له السبق ثبت له اختيار المكان، فإذا صار الثاني إلى الغرض الثاني، صار الخيار في موضع الوقوف إليه ليستويا، وإن طلب أحدهما استقبال الشمس، والآخر استدبارها، أجيب من طلب الاستدبار؛ لأنه أوفق للرمي[3].

فصل [كيفية الرمي]:

ويجوز أن يرميا سهماً سهماً، وخمساً خمساً، وأن يرمي كل واحد منهما جميع الرشق، فإن شرطا شيئاً من ذلك حملا عليه، وإن أطلق العقد تراسلا سهماً

---

(١) القول الأول هو الراجح، قال النووي: «والأظهر اشتراط بيان البادىء للرمي». (المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٤)، وانظر: الروضة ١٠/ ٣٧٠.

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يقدم البادىء إلاّ بالقرعة. (مغني المحتاج ٤/ ٣١٧، الروضة ١٠/ ٣٧٠).

(٣) انظر: الروضة ١٠/ ٣٧٥.

سهماً، لأن العرف فيه ما ذكرناه[1].

وإن رمى أحدهما أكثر مما له لم يحسب له إن أصاب، ولا عليه إن أخطأ؛ لأنه رمي من غير عقد، فلم يعتد به.

فـصــل [عدم التفاضل]:

ولا يجوز أن يتفاضلا في عدد الرشق، ولا في عدد الإصابة، ولا في صفة الإصابة، ولا في محل الإصابة، ولا أن يحسب قرع أحدهما خسقاً، ولا أن يكون في يد أحدهما من السهام أكثر مما في يد الآخر في حال الرمي، ولا أن يرمي أحدهما والشمس في وجهه، لأن القصد أن يعرف حذقهما، وذلك لا يعرف مع الاختلاف؛ لأنه إذا نضل أحدهما كان النضل بما شرط لا بجودة الرمي، فإن شرط شيئاً من ذلك بطل العقد؛ لأنه في أحد القولين كالإجارة، وفي الثاني كالجعالة، والجميع يبطل بالشرط الفاسد، وهل يجب للناضل في الفاسد أجرة المثل؟ فيه وجهان، أحدهما: لا تجب، وهو قول أبـي إسحاق، لأنه لا يحصل للمسبوق منفعة بسبق السابق، فلم تلزمه أجرته، والثاني: تجب، وهو الصحيح؛ لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه، وجب عوض المثل في فاسده، كالبيع والإجارة[2].

فـصــل [شرط إطعام الأصحاب]:

وإن شرط على السابق أن يطعم أصحابه من السبق، بطل الشرط؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، فبطل، وهل يبطل العقد؟ المنصوص: أنه يبطل، لأنه تمليك مال شرط فيه شرط يمنع كمال التصرف، فإذا بطل الشرط بطل العقد، كما لو باعه سلعة بألف على أن يتصدق بها، وقال أبو إسحاق: يحتمل قولاً آخر لا يبطل، كما قال: فيمن أصدق امرأته ألفين على أن تعطي أباها ألفاً: إن الشرط باطل، ويصح

---

(١) انظر: الروضة ١٠/ ٣٦٨.

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، وتجب أجرة المثل في المناضلة الفاسدة. (الروضة ١٠/ ٣٦٢).

الصداق، فإذا قلنا بالمنصوص سقط المستحق، وهل يرجع السابق بأجرة المثل؟ على الوجهين[1].

فصل [رمي المبادرة]:

وإذا تناضلا لم يخل إما أن يكونَ الرمي مبادرة، أو محاطة، أو حوابي، فإن كان مبادرة: وهو أن يعقد على إصابة عدد من الرشق، وأن من بدر منهما إلى ذلك مع تساويهما في الرمي، كان ناضلاً، فإن كان العقد على إصابة عشرة من ثلاثين نظرتَ: فإن أصاب أحدهما عشرة من عشرين، وأصاب الآخر تسعة من عشرين، فالأول ناضل؛ لأنه بادر إلى عدد الإصابة، وإن أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم ينضل واحد منهما، ويسقط رمي الباقي؛ لأن الزيادة على عدد الإصابة غير معتد بها.

وإن أصاب الأول تسعة من عشرين، وأصاب الآخر خمسة من عشرين، فالنضال بحاله؛ لأنه لم يستوف واحد منهما عدد الإصابة، فيرميان، فإن رمى الأول سهماً، وأصاب، فقد فلج[2]، وسقط رمي الباقي، وإن رمى الأول خمسة، فأخطأ في جميعها، ورمى الثاني فأصاب في جميعها، فإن الناضل هو الثاني، ويسقط رمي ما بقي من الرشق؛ لأن الأول أصاب تسعة من خمسة وعشرين، وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين، وإن أصاب الأول تسعة من تسعة عشر، وأصاب الآخر ثمانية من تسعة عشر، فرمى البادىء سهماً، فأصاب، فقد نضل[3]، ولا يرمي الثاني ما بقي من رشقه؛ لأنه لا يستفيد به نضلاً، ولا مساواة؛ لأن الباقي من رشقه سهم، وعليه إصابة سهمين، فإن أصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة، ثم رمى البادىء، فأصاب، جاز للثاني أن يرمي؛ لأنه ربما يصيب فيساويه.

---

(١) والوجه الراجح ثبوت أجرة المثل. (الروضة ١٠/ ٣٦٢).

(٢) فلج: أي غلب، يقال: فلج خصمه أي غلبه. (النظم ١/ ٤١٩).

(٣) نضل: أي غلب بالمناضلة، وهي المراماة. (النظم ١/ ٤١٩).

فصـل [رمي المحاطة]:

وإن كان الرمي محاطة، وهو أن يعقد على إصابة عدد من الرشق، وأن يتحاطا ما استوفيا فيه من عدد الإصابة، ويفضل لأحدهما عدد الإصابة، فيكون ناضلاً، نظرتَ: فإن كان العقد على إصابة خمسة من عشرين، فأصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة، لم ينضل أحدهما الآخر؛ لأنه لم يفضل له عدد من الإصابة، ويرميان ما تبقى من الرشق؛ لأنه يرجو كل واحد منهما أن ينضل، فإن فضل لأحدهما بعد تساويهما في الرمي، وإسقاط ما استويا فيه عدد الإصابة لم يخل إما أن يكون قبل إكمال الرشق، أو بعده، فإن كان بعد إكمال الرشق، بأن رمى أحدهما عشرين، وأصابها، ورمى الآخر فأصاب خمسة عشر، فالأول هو الناضل، لأنه يفضل له بعد المحاطة فيما استوفيا فيه عدد الإصابة.

وإن كان قبل كمال الرشق، وطالب صاحب الأقل صاحب الأكثر برمي باقي الرشق، نظرتَ: فإن لم يكن له فائدة مثل أن يرمي الأول خمسة عشر، وأصابها، ورمى الثاني خمسة عشر فأصاب خمسة، لم يكن له مطالبته؛ لأن أكثر ما يمكن أن يصيب فيما بقي له، وهو خمسة، ويبقى للأول خمسة، فينضله بها، وإن كان له فيه فائدة بأن يرجو أن ينضل، بأن يرمي أحدهما أحد عشر، فيصيب ستة، ويرمي الآخر عشرة، فيصيب واحداً، ثم يرمي صاحب الستة فيخطىء فيما بقي له من الرشق، ويرمي صاحب الواحد فيصيب في جميع ما بقي له، فينضله بخمسة أو يساويه بأن يرمي أحدهما خمسة عشر، فيصيب منها عشرة، ويرمي الآخر خمسة عشر فيصيب منها خمسة، ثم يرمي صاحب العشرة فيخطىء في الجميع، ويرمي صاحب الخمسة فيصيب، فيساويه أو يقلل إصابته، بأن يصيب أحدهما أحد عشر من خمسة عشر، ويصيب الآخر سهمين من خمسة عشر، ثم يرمي صاحب الأحد عشر ما بقي له من رشقه فيخطىء في الجميع، ويرمي صاحب السهمين فيصيب في الجميع، فيصير له سبعة، ويبقى لصاحبه أربعة، فهل لأقلهما إصابة مطالبة الآخر بإكمال الرشق؟ فيه وجهان، أحدهما: ليس له مطالبته؛ لأنه بدر إلى الإصابة مع

تساويهما في الرمي بعد المحاطة، فحكم له بالسبق، والثاني: له مطالبته؛ لأن مقتضى المحاطة إسقاط ما استويا فيه من الرشق، وقد بقي من الرشق بعضه[1].

فصل [الرمي على حوابي]:

وإن كان العقد على حوابي، وهو أن يشترطا إصابة عدد من الرشق، على أن يسقط ما قرب من إصابة أحدهما ما بعد من إصابة الآخر، فمن فضل له بعد ذلك مما اشترطا عليه من العدد كان له السبق.

فإن رمى أحدهما فأصاب من الهدف موضعاً بينه وبين الغرض قدر شبر حسب له، فإن رمى الآخر فأصاب موضعاً بينه وبين الغرض قدر أصبع حسب له، وأسقط ما رماه الأول، فإن عاد الأول ورمى فأصاب الغرض، أسقط ما رماه صاحبه، وإن أصاب أحدهما الشن، وأصاب الآخر العظم الذي في الشن، فقد قال الشافعي رحمه الله: من الرماة من قال: إنه تسقط الإصابة من العظم ما كان أبعد منه، قال الشافعي رحمه الله: وعندي أنهما سواء؛ لأن الغرض كله موضع الإصابة.

فإن استوفيا الرشق، ولم يفضل أحدهما صاحبه بالعدد الذي اشترطاه، فقد تكافآ، وإن فضل أحدهما صاحبه بالعدد أخذ السبق.

وحكي عن بعض الرماة أنهما إذا أصابا أعلى الغرض لم يتقايسا[2]، قال: والقياس أن يتقايسا؛ لأن أحدهما أقرب إلى الغرض من الآخر، فأسقط الأقرب الأبعد، كما لو أصابا أسفل الغرض أو جنبه.

فصل [النضال بين حزبين]:

وإن كان النضال بين حزبين جاز[3]؛ وحكي عن أبي علي بن أبي هريرة أنه

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، وليس له مطالبته بإتمام الرشق كالمبادرة. (الروضة ١٠/ ٣٧٨).

(٢) يقال: قست الشيء بالشيء أي قدرته على مثاله، ويقال: بينهما قِيس رمح بالكسر. (النظم ١/ ٤٢٠).

(٣) الحزب: الجماعة، وتحزبوا أي تجمعوا. (النظم ١/ ٤٢٠).

قال: لا يجوز؛ لأنه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره، والمذهب الأول، لما رويناه في أول الكتاب من حديث سلمة بن الأكوع[1].

وينصب كل واحد من الحزبين زعيماً، يتوكل لهم في العقد[2]، ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحداً، كما لا يجوز أن يكون وكيل المشتري والبائع واحداً، ولا يجوز إلاَّ على حزبين متساويي العدد؛ لأن القصد معرفة الحذق، فإذا تفاضلا في العدد فضل أحدهما الآخر بكثرة العدد، لا بالحذق، وجودة الرمي؛ ويجب أن يتعين الرماة، كما قلنا في نضال الاثنين، ولا يجوز أن يتعينوا إلاَّ بالاختيار؛ فإن اقترع الزعيمان على أن من خرجت عليه قرعة أحدهما كان معه، لم يجز؛ لأنه ربما أخرجت القرعة الحذاق لأحد الحزبين، والضعفاء للحزب الآخر.

فإن عدل بين الحزبين في القوة والضعف بالاختيار، ثم اقترع الزعيمان على أن من خرجت قرعته على أحد الحزبين كان معه لم يجز؛ لأنه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة، كالبيع.

ويجب أن يكون على عدد من الرشق معلوم، فإن كان عدد كل حزب ثلاثة، اعتبر أن يكون عدد الرشق له ثلث صحيح، كالثلاث[3]، والستين، وإن كانوا أربعة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ربع صحيح، كالأربعين، والثمانين؛ لأنه إذا لم يفعل ذلك بقي سهم، ولا يمكن اشتراك جماعة في سهم واحد[4]، فإن خرج في أحد

---

(١) سبق الحديث ص ٥٧٦ هـ ٤، وتجوز المناضلة بين حزبين فصاعداً. (الروضة ١٠/ ٣٧١، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٧).

(٢) يشترط في هذه الحالة أربعة شروط ذكرها المصنف متتابعة، وبينها الشربيني مفصلة في (مغني المحتاج ٤/ ٣١٧).

(٣) هكذا جاءت في المطبوعة، وهي صحيحة، وفي (المجموع كذلك ١٤/ ٤٣٧)، وجاءت في غيرهما كالثلاثين. (مغني المحتاج ٤/ ٣١٧).

(٤) يشترط استواء الحزبين في عدد الأرشاق والإصابات، أما عدد الحزبين فوجهان، أحدهما: =

الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه؛ لأنه ليس بمحل في العقد، وسقط من الحزب الآخر بإزائه واحد، كما إذا بطل البيع في أحد العبدين سقط ما في مقابلته من الثمن. وهل يبطل العقد في الباقي من الحزبين؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة(١)، فإن قلنا: لا يبطل في الباقي ثبت للحزبين الخيار في فسخ العقد؛ لأن الصفقة تبعضت عليهم بغير اختيارهم، فإن اختاروا البقاء على العقد، وتنازعوا فيمن يخرج في مقابلته من الحزب الآخر، فسخ العقد؛ لأنه تعذر إمضاؤه على مقتضاه ففسخ(٢)، ومن أصحابنا من قال: يبطل في الجميع قولاً واحداً؛ لأن من في مقابلته من الحزب الآخر لا يتعين، ولا سبيل إلى تعيينه بالقرعة، فبطل في الجميع، فإن نضل أحد الحزبين الآخر، ففي قسمة المال بين الناضلين وجهان، أحدهما: يقسم بينهم بالسوية، كما يجب على المنضولين بينهم بالسوية، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب استحق(٣)، والثاني تقسم بينهم على قدر إصاباتهم؛ لأنهم استحقوا بالإصابة فاختلف باختلاف الإصابة، ويخالف ما لزم المنضولين، فإن ذلك وجب بالالتزام والاستحقاق بالرمي، فاعتبر بقدر الإصابة، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئاً، وبالله التوفيق.

بـــاب
بيان الإصابة والخطأ في الرمي

إذا عقد على إصابة الغرض، فأصاب الشَّن، أو الجريد الذي يشد فيه الشن، أو العري وهو السير الذي يشد به الشن على الجريد، حسب له؛ لأن ذلك كله من

= لا يشترط، وقطع به الإمام والغزالي، والثاني: يشترط، وقطع به صاحبا المهذب والتهذيب، وهو الراجح. (الروضة ١٠/ ٣٧٣، مغني المحتاج ٤/ ٣١٧).

(١) انظر: الروضة ١٠/ ٣٧٢، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٨.

(٢) انظر: الروضة ١٠/ ٣٧٢، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٨.

(٣) هذا الوجه الأول هو الراجح، ويوزع المال على عدد الرؤوس، وليس على عدد الإصابات في الصحيح. (الروضة ١٠/ ٣٧٣).

الغرض. وإن أصاب العلاقة ففيه قولان، أحدهما: يحسب له؛ لأنه من جملة الغرض ألا ترى أنه إذا مد امتد معه، فأشبه العري، والثاني: لا يحسب؛ لأن العلاقة ما يعلق به الغرض، فأما الغرض فهو الشن وما يحيط به.

وإن شرط إصابة الخاصرة، وهو الجنب من اليمين واليسار، فأصاب غيرهما، لم يحسب له؛ لأنه لم يصب الخاصرة.

وإن شرط إصابة الشن، فأصاب العروة، وهو السير أو العلاقة، لم يحسب؛ لأن ذلك كله غير الشن، فإن أصاب سهماً في الغرض، فإن كان السهم متعلقاً بنصله وباقيه خارج الغرض، لم يحسب له ولا عليه؛ لأن بينه وبين الغرض طول السهم، ولا يدري لو لم يكن هذا السهم هل كان يصيب الغرض أم لا يصيب؟ وإن كان السهم قد غرق في الغرض إلى فوقه[1] حسب له؛ لأن العقد على إصابة الغرض ومعلوم أنه لو لم يكن هذا لكان يصيب الغرض.

فإن خرج السهم من القوس، فهبت ريح، فنقلت الغرض إلى موضع آخر، فأصاب السهم موضعه، حسب له؛ وإن أصاب الغرض في الموضع الذي انتقل إليه حسب عليه في الخطأ؛ لأنه أخطأ في الرمي، وإنما أصاب بفعل الريح لا بفعله[2].

وإن رمى وفي الجوّ ريح ضعيفة، فأرسل السهم مفارقاً للغرض، وأمال يده ليصيب مع الريح، فأصاب الغرض، أو كانت الريح خلفه، فنزع نزعاً قريباً ليصيب مع معاونة الريح، فأصاب حسب له؛ لأنه أصاب بفراهته وحذقه، وإن أخطأ حسب عليه؛ لأنه أخطأ بسوء رميه، ولأنه لو أصاب مع الريح لحسب له، فإذا أخطأ معها حسب عليه[3].

وإن كانت الريح قوية لا حيلة له فيها، لم يحسب له إذا أصاب؛ لأنه

---

(١) الفوق: موضع الوتر من السهم، وهو الفرض المحزوز. (النظم ١/ ٤٢١).
(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٩، الروضة ١٠/ ٣٨٦.
(٣) انظر: الروضة ١٠/ ٣٨٥.

لم يصب بحسن رميه، ولا يحسب عليه إذا أخطأ؛ لأنه لم يخطىء بسوء رميه، وإنما أخطأ بالرمي في غير وقته[1].

وإن رمى من غير ريح فثارت ريح بعد خروج السهم من القوس؛ فأخطأ، لم يحسب عليه؛ لأنه لم يخطىء بسوء رميه، وإنما أخطأ بعارض الريح، وإن أصاب فقد قال بعض أصحابنا: فيه وجهان، بناء على القولين في إصابة السهم المزدلف[2]، وعندي أنه لا يحسب له قولاً واحداً؛ لأن المزدلف إنما أصاب الغرَض بحدة رميه، ومع الريح لا يعلم أنه أصاب برميه[3].

وإن رمى سهماً فأصاب الغرض بفوقه، لم يحسب له؛ لأن ذلك من أسوأ الرمي وأردئه.

فصل [انكسار القوس]:

وإن انكسر القوس، أو انقطع الوتر، أو أصابت يده ريح، فرمى وأصاب حسب له، لأن إصابته مع اختلال الآلة أدل على حذقه، فإن أخطأ لم يحسب عليه في الخطأ؛ لأنه لم يخطىء بسوء رميه، وإنما أخطأ بعارض.

وإن أغرق السهم فخرج من الجانب الآخر، نظرتَ: فإن أصاب حسب له؛

---

(١) هذا هو القول الأصح، وبه قطع ابن سلمة والعراقيون وغيرهم، وقال الغزالي والإمام: لا يؤثر، لأن ابتداء الرمي والريح عاصفة تقصير، ولأن للرماة حذقاً في الرمي وقت هبوب الريح ليصيبوا. (الروضة ١٠/ ٣٨٥).

(٢) ازدلف السهم أي اقترب، وأصله التاء فأبدلت دالاً، والمعنى أنه ارتفع من الأرض لشدة وقعه عليها فأصاب الغرض، وقيل: المزدلف: أن يقع دون الغرض على الأرض ثم يثب إلى الغرض. (النظم ١/ ٤٢١).

(٣) إذا كان اقتران الريح يؤثر (وهو الراجح في الهامش السابق هـ ١) ففي حالة الهبوب أولى، وإلاَّ فوجهان، ونقل النووي كلام المصنف أعلاه، وقال: «والمذهب أنه إن أخطأ في الهجوم لا يحسب عليه، وإن أصاب... ففيه الخلاف في السهم المزدلف». (الروضة ١٠/ ٣٨٦).

لأن إصابته مع الإغراق أدل على حذقه، وإن أخطأ لم يحسب عليه، ومن أصحابنا من قال: يحسب عليه في الخطأ؛ لأنه أخطأ في مد القوس، والمنصوص هو الأول؛ لأن الإغراق ليس من سوء الرمي، وإنما هو لمعنى قبل الرمي، فهو كانقطاع الوتر وانكسار القوس.

وإن انكسر السهم بعد خروجه من القوس، وسقط دون الغرض، لم يحسب عليه في الخطأ؛ لأنه إنما لم يصب لفساد الآلة لسوء الرمي، وإن أصاب بما فيه النصل حسب له؛ لأن إصابته مع فساد الآلة أدل على حذقه، وإن أصابه بالموضع الآخر لم يحسب له؛ لأنه لم يصب، ولم يحسب عليه؛ لأن خطأه لفساد الآلة لا لسوء الرمي(١).

فصل [وجود عارض]:

وإن عرض دون الغرض عارض من إنسان أو بهيمة، نظرتَ: فإن رد السهم ولم يصل لم يحسب عليه؛ لأنه لم يصل للعارض لا لسوء الرمي، وإن نفذ السهم وأصاب حسب له؛ لأن إصابته مع العارض أدل على حذقه(٢).

وحكي أن الكسعي(٣) كان رامياً، فخرج ذات ليلة فرأى ظبياً فرمى، فأنفذه، وخرج السهم، فأصاب حجراً، وقدح فيه ناراً. فرأى ضوء النار فظن أنه أخطأ فكسر القوس وقطع إبهامه، فلما أصبح رأى الظبي صريعاً قد نفذ فيه سهمه، فندم، فضربت به العرب مثلاً، وقال الشاعر:

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٩.

(٢) انظر: الروضة ١٠/ ٣٨٣.

(٣) الكسعي: هو محارب بن قيس من بني كسيعة، وقيل: هو من بني كسع من بني محارب من حمير، واسمه: عامر بن الحارث، وكان رامياً. (النظم ١/ ٤٢١، المجموع ١٤/ ٤٤٧)، ومن قوله:

ندمت ندامة لو أن نفسي ... تطاوعني إذن لقطعت خمسي
تبين لي سفاه الرأي مني ... لعمر أبيك حين كسرت قوسي

نـدمـت نـدامـة الكسعـي لمـا رأت عينـاه مـا صنعـت يـداه

وإن رمى فعارضه عارض[١]، فعثر به السهم، وجاوز الغرض، ولم يصب، ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبـي إسحاق، أنه يحسب عليه في الخطأ؛ لأنه أخطأ بسوء الرمي لا للعارض؛ لأنه لو كان للعارض تأثير لوقع سهمه دون الغرض، فلما جاوزه ولم يصب دل على أنه أخطأ بسوء رميه، فحسب عليه في الخطأ، والثاني: أنه لا يحسب عليه؛ لأن العارض قد يشوش الرمي فيقصر عن الغرض، وقد يجاوزه[٢].

وإن رمى السهم فأصاب الأرض، وازدلف فأصاب الغرض، ففيه قولان، أحدهما: يحسب؛ لأنه أصاب الغرض بالنزعة التي أرسلها، وما عرض دونها من الأرض لا يمنع الاحتساب، كما لو عرض دونه شيء فهتكه وأصاب الغرض، والثاني: لا يحسب له؛ لأن السهم خرج عن الرمي إلى غير الغرض، وإنما أعانته الأرض حتى ازدلف عنها إلى الغرض، فلم يحسب له[٣]، وإن ازدلف ولم يصب الغرض، ففيه وجهان، أحدهما: يحسب عليه في الخطأ؛ لأنه إنما ازدلف بسوء رميه؛ لأن الحاذق لا يزدلف سهمه، والثاني: لا يحسب عليه؛ لأن الأرض تشوش[٤] السهم، وتزيله عن سننه، فإذا أخطأ لم يكن من سوء رميه[٥].

---

(١) فعارضه عارض: أي منعه، والمعارضة أن يعترض له شيء دون ما يريد فيمنعه. (النظم ١/ ٤٢٢).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، وأنه لا يحسب عليه في الصحيح المنصوص. (الروضة ١٠/ ٣٨٤).

(٣) القول الأول هو الراجح، ويحسب له السهم المزدلف على الأصح عند العراقيين والأكثرين. (الروضة ١٠/ ٣٧٦، المجموع ١٤/ ٤٤٩).

(٤) التشويش: التخليط. (النظم ١/ ٤٢٢).

(٥) الوجه الأول هو الراجح، فإن ازدلف ولم يصب الغرض حسب عليه في الأصح. (الروضة ١٠/ ٣٧٦).

فـصــل [الإصابة الموصوفة]:

وإن كان العقد على إصابة موصوفة، نظرتَ: فإن كان على القرع فأصاب الغرض، وخزق، أو خسق، أو مرق، حسب له؛ لأن الشرط هو الإصابة، وقد حصل ذلك في هذه الأنواع.

فـصــل [الشرط هو الخسق]:

وإن كان الشرط هو الخَسْق، نظرتَ: فإن أصاب الغرض، وثبت فيه، ثم سقط، حسب له؛ لأن الخسق هو أن يثبت، وقد ثبت فلم يؤثر زواله بعد ذلك، كما لو ثبت ثم نزعه إنسان[١].

فإن ثقب الموضع بحيث يصلح لثبوت السهم، لكنه لم يثبت، ففيه قولان، أحدهما: أنه يحسب له؛ لأن الخسق أن يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم، وقد فعل ذلك، ولعله لم يثبت لسعة الثقب، أو لغلظ لقيه، والثاني: وهو الصحيح؛ أنه لا يحسب له؛ لأن الأصل عدم الخسق وأنه لم يكن فيه من القوة ما يثبت فيه، فلم يحسب له[٢].

وإن كان الغرض ملصقاً بالهدف، فأصابه السهم، ولم يثبت فيه، فقال الرامي: قد خسق إلاّ أنه لم يثبت فيه لغلظ لقيه من نواة أو حصاة، وقال رسيله: لم يخسق، نظرتَ: فإن لم يعلم موضع الإصابة من الغرض، فالقول قول الرسيل، لأن الأصل عدم الخسق، وهل يحلف؟ ينظر فيه، فإن فتش الغرض فلم يكن فيه شيء يمنع من ثبوته لم يحلف؛ لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن. وإن كان هناك ما يمنع من ثبوته حلف؛ لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن.

وإن علم موضع الإصابة، ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته، فالقول قول الرسيل من غير يمين؛ لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن. وإن كان فيه ما يمنع

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣١٩، الروضة ١٠/ ٣٧٦.

(٢) هذان قولان، ويقال وجهان، والأظهر الثاني أنه لا يحسب له. (الروضة ١٠/ ٣٧٦).

الثبوت، ففيه وجهان، أحدهما: أن القول قول الرامي؛ لأن المانع شهد له، والثاني: أن القول قول الرسيل؛ لأن الأصل عدم الخسق، والمانع لا يدل على أنه لو لم يكن لكان خاسقاً، ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رميه، فلا يحكم له بالخسق بالشك[1].

وإن كان في الشن خرق، أو موضع بال، فوقع فيه السهم، وثبت في الهدف، نظرتَ: فإن كان الموضع الذي ثبت فيه في صلابة الشن اعتد به؛ لأنا نعلم أنه لو كان الشن صحيحاً لثبت فيه، وإن كان دون الشن في الصلابة كالتراب والطين الرطب، لم يعتدّ له ولا عليه؛ لأنا لا نعلم أنه لو كان صحيحاً هل كان يثبت فيه أم لا فيرد إليه السهم حتى يرميه.

وإن خرمه وثبت، ففيه قولان، أحدهما: يعتد به؛ لأن الخسق هو أن يثبت النصل، وقد ثبت، والثاني: لا يعتد به؛ لأن الخسق أن يثبت السهم في جميع الشن، ولم يوجد ذلك، فإن مرق السهم، فقد قال الشافعي رحمه الله: هو عندي خاسق، ومن الرماة من لا يحتسبه، فمن أصحابنا من قال: يحتسب له قولاً واحداً، وما حكاه عن غيره ليس بقول له؛ لأن معنى الخسق قد وجد وزيادة، ولأنه لو مرق والشرط القرع حسب، فكذلك إذا مرق والشرط الخسق، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: يحسب له لما ذكرناه، والثاني: لا يحسب له؛ لأن الخسق أن يثبت، وما ثبت، ولأن في الخسق زيادة حذق وصنعة من نزع القوس بمقدار الخسق، والتعليل الأول أصح؛ لأن هذا يبطل به إذا مرق، والشرط القرع[2].

وإن أصاب الشن ومرق وثبت في الهدف، ووجد على نصله قطعة من الشن،

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، قال النووي: «لكنه رجع لغلظ لقيه من حصاة أو نواة فيحسب خاسقاً على الأظهر». (الروضة ١٠/ ٣٧٧).

(٢) انظر: الروضة ١٠/٣٧٦.

والهدف دون الشن في الصلابة، فقال الرامي: هذا الجلد قطعه سهمي بقوته، وقال الرسيل بل كان في الشن ثقبة، وهذه الجلدة كانت قد انقطعت من قبل، فحصلت في السهم، فالقول قول الرسيل؛ لأن الأصل عدم الخسق.

فصل [موت الرامي]:

إذا مات أحد الراميين، أو ذهبت يده، بطل العقد؛ لأن المقصود معرفة حذقه، وقد فات ذلك، فبطل العقد، كما لو هلك المبيع.

وإن رمدت عينه، أو مرض، لم يبطل العقد؛ لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بعد زوال العذر، وإن أراد أن يفسخ، فإن قلنا: إنه كالجعالة كان حكمه حكم الفسخ من غير عذر، وقد بيناه في أول الكتاب، وإن قلنا: إنه كالإجارة، جاز له أن يفسخ؛ لأنه تأخر المعقود عليه، فملك الفسخ، كما يملك في الإجارة.

وإن أراد أحدهما أن يؤخر الرمي للدعة[1]، فإن قلنا: إنه كالإجارة أجبر عليه كما أجبر في الإجارة، وإن قلنا: إنه كالجعالة لم يجبر كما لا يجبر في الجعالة[2].

• • •

(١) الدعة: الراحة والسكون. (النظم ١/ ٤٢٣).
(٢) سبق البيان أن المناضلة كالإجارة ص ٥٧٨.
وهذا الباب في الرمي والسبق والمبازرة وغيرها تغيرت فيه الآلات، وتطورت الأسلحة، فيجب مراعاة التطور والزمن والاصطلاحات المتعارف عليها والدولية حسب هذا العصر.
(وانظر: المجموع ١٤/ ٤٥٥).

كتاب إحياء الموات

يستحب إحياء الموات[1]، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «منْ أحيا أرْضاً ميتةً فله فيها أجرٌ، وما أكلَهُ العَوافي[2] منها فهو له صَدَقة»[3].

وتملك به الأرض، لما روى سعيد بن زيد رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميْتَةً فهي له»[4].

---

(١) الموات: الأرض التي لا مالك لها من الآدميين، ولا ينتفع بها أحد. (النظم ١/ ٤٢٣).

(٢) العوافي: جمع عافية، وهي الوحش والسباع والطير، مأخوذة من قولهم: عفوت فلاناً أعفوه إذا أتيته تطلب معروفه، يقال: فلان كثير العافية، والغاشية أي يغشاه السؤال والطالبون. (النظم ١/ ٤٢٣).

(٣) حديث جابر أخرج الشطر الأول منه الترمذي وقال: حسن صحيح. (٤/ ٦٣٢ كتاب الأحكام، باب إحياء الأرض الموات)، وأخرجه الدارمي بلفظ المصنف (٢/ ٧١٩ كتاب البيوع، باب من أحيا أرضاً ميتة فهي له)، وقال: العافية الطير وغير ذلك، ورواه أحمد قريباً من لفظ المصنف (٣/ ٣٠٤، ٣٢٧، ٣٣٠، ٣٣٨، ٣٥٦، ٣٨١)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٦٢.

(٤) حديث سعيد بن زيد أخرجه أبو داود (٢/ ١٥٨ كتاب الخراج والإمارة، باب إحياء الموات)، والترمذي عن سعد (والصواب سعيد) بن زيد، وحسنه (٤/ ٦٣٠ كتاب الأحكام، باب إحياء الأرض الموات)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٥٤، ٦١، وسعيد بن زيد أحد العشرة المبشرين بالجنة. (المجموع ١٤/ ٤٥٨).

ويجوز ذلك من غير إذن الإمام للخبر، ولأنه تملك مباح فلم يفتقر إلى إذن الإمام، كالاصطياد[1].

فصل [الموات الذي باد أهله]:

وأما الموات الذي جرى عليه الملك، وباد أهله، ولم يعرف مالكه، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يملك بالإحياء، لما روى طاوس أن النبي ﷺ قال: «عادي الأرض[2] لله ولرسوله، ثم هي لكم بعد»[3]، ولأنه إن كان في دار الإسلام فهو كاللقطة التي لا يعرف مالكها، وإن كان في دار الحرب فهو كالركاز، والثاني: لا يملك؛ لأنه إن كان في دار الإسلام فهو لمسلم أو لذمي أو لبيت المال، فلا يجوز إحياؤه، وإن كان في دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحل ماله، أو لكافر لم تبلغه الدعوة، فلا يحل ماله، ولا يجوز تملكه، والثالث: أنه إن كان في دار الإسلام لم يملك وإن كان في دار الحرب ملك؛ لأن ما كان في دار الإسلام فهو في الظاهر لمن له حرمة، وما كان في دار الحرب، فهو في الظاهر لمن لا حرمة له، ولهذا ما يوجد في دار الحرب يخمس، وما يوجد في دار الإسلام يجب تعريفه[4].

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٢٧٨.

(٢) عادي الأرض: منسوب إلى عاد، الأمة المعروفة، ويستعمل في الشيء القديم. (النظم ١/ ٤٢٣).

(٣) حديث طاووس أخرجه الشافعي. (بدائع المنن ٢/ ٢٠٤)، والبيهقي (٦/ ١٤٣)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٦٢.

(٤) الوجه الثالث هو الراجح، وأن الأرض التي ليست معمورة في الحال، وكانت معمورة قبل، فإن كانت عمارتها إسلامية فحكمها حكم الأموال الضائعة في المذهب، والأمر فيها للإمام بالحفظ، أو البيع وحفظ الثمن، أو الاستقراض على بيت المال، وإن كانت عمارتها جاهلية، فالأظهر أنها تملك كالركاز. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٢، الروضة ٥/ ٢٧٩).

وإن قاتل الكفار عن أرض ولم يحيوها، ثم ظهر المسلمون عليها، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز أن تملك بالإحياء، بل هي غنيمة بين الغانمين؛ لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمتحجرين[١]، فلم تملك بالإحياء، والثاني: أنه يجوز أن تملك بالإحياء؛ لأنهم لم يحدثوا فيها عمارة، فجاز أن تملك بالإحياء كسائر الموات[٢].

فصل [مرافق العامر]:

وما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق، كحريم البئر، وفناء الدار[٣]، والطريق، ومسيل الماء، لا يجوز إحياؤه؛ لأنه تابع للعامر، فلا يملك بالإحياء، ولأنا لو جوزنا إحياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله[٤].

وكذلك ما بين العامر من الرحاب، والشوارع[٥]، ومقاعد الأسواق، لا يجوز تملكه بالإحياء؛ لأن الشرع قد ورد بإحياء الموات، وهذا من جملة العامر، ولأنا لو جوزنا ذلك ضيَّقْنا على الناس في أملاكهم وطرقهم، وهذا لا يجوز.

فصل [شروط المحيي]:

ويجوز إحياء كل من يملك المال؛ لأنه فعل يملك به، فجاز من كل من يملك المال، كالاصطياد، ولا يجوز للكافر أن يملك بالإحياء في دار الإسلام،

---

(١) المتحجر: هو الذي يشرع في الإحياء، مأخوذ من الحجر، وهو المنع. (النظم ١/ ٤٢٣).
(٢) الوجه الأول هو الراجح، وتكون الأرض غنيمة. (الروضة ٥/ ٢٨٠).
(٣) حريم البئر: هو ما يحرم الانتفاع به حولها، وهو فعيل من الحرام، وفناء الدار: هو ما امتد من جوانبها، والجمع أفنية، وسور الدار والمدينة، ما يحيط بها. (النظم ١/ ٤٢٣).
(٤) انظر: الروضة ٥/ ٢٨١، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٢٦٣.
(٥) الرحاب: جمع رحبة، وهي الساحة الواسعة، والرحب: الواسع من كل شيء، والشوارع: جمع شارع، وهو الطريق الأعظم في البلد. (النظم ١/ ٤٢٣).

ولا للإمام، أن يأذن له في ذلك[1]، لما رُوي أن النبي ﷺ قال: «مَوَتان الأرض لله[2] ولرسوله، ثم هي لكم مني»[3]، فجمع الموتان وجعلها للمسلمين، فانتفى أن يكون لغيرهم، ولأن موات الدار من حقوق الدار، والدار للمسلمين، فكان الموات لهم كمرافق المملوك[4]، لا يجوز لغير المالك إحياؤه.

ولا يجوز للمسلم أن يحيي الموات في بلد صولح الكفار على المقام فيه؛ لأن الموات تابع للبلد؛ فإذا لم يجز تملك البلد عليهم لم يجز تملك مواته[5].

فصل [الإحياء بالإعمار]:

والإحياء الذي يملك به أن يعمر الأرض لما يريده، ويرجع في ذلك إلى العرف، لأن النبي ﷺ أطلق الإحياء، ولم يبين، فحمل على المتعارف[6].

فإن كان يريده للسكنى فأن يبني سور الدار من اللبن والآجر والطين والجص إن كانت عادتهم ذلك، أو القصب أو الخشب إن كانت عادتهم ذلك، ويسقف

(١) إذا أحيا الذمي الأرض بغير إذن الإمام لم يملك قطعاً، ولو أحيا بإذنه لم يملك أيضاً على الأصح. (الروضة ٥/ ٢٧٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٢).

(٢) مَوَتان الأرض: بالتحريك خلاف الحيوان، يقال: اشترِ الموتان، ولا تشترِ الحيوان، أي اشترِ الأرض والدور، ولا تشتر الدواب والرقيق، وقيل: الموتان من الأرض الذي لم يُحْيَ بعد، وأما المُوْتان بضم الميم وسكون الواو فالموت الذريع، والمَوْتان بفتح الميم وسكون الواو عمى القلب، يقال: رجل موتان القلب إذا كان لا يفهم. (النظم ١/ ٤٢٤).

(٣) هذا الحديث سبق تخريجه صفحة ٦١٢ هـ ٣ بلفظ «عادي الأرض...»، وأخرجه الشافعي بلفظ المصنف هنا. (بدائع المنن ٢/ ٢٠٤)، والبيهقي (٦/ ١٤٣).

(٤) مرافق المملوك: هو ما يرفق بـه أي ينتفع بـه مما حواليه، واحدها مَرْفِـق بفتح الميم وكسر الفاء، وأما المَرَفق بالفتح فيهما فالمصدر من ذلك. (النظم ١/ ٤٢٤).

(٥) انظر: الروضة ٥/ ٢٨١.

(٦) قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف. (الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨، المجموع ١٤/ ٤٦٤).

وينصب عليه الباب؛ لأنه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك[١].

فإن أراد مَراحاً للغنم أو حظيرة[٢] للشوك والحطب بنى الحائط، ونصب عليه الباب؛ لأنه لا يصير مَراحاً وحظيرة بما دون ذلك[٣].

وإن أراد للزراعة فأن يعمل لها مسناة[٤] ويسوق الماء إليها من نهر أو بئر[٥]، فإن كانت الأرض من البطائح فأن يحبس عنها الماء؛ لأن إحياء البطائح[٦]، أن يحبس عنها الماء، كما أن إحياء اليابس بسوق الماء إليه، ويحرثها، وهو أن يصلح ترابها، وهل يشترط غير ذلك؟ فيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا يشترط غير ذلك، وهو المنصوص في «الأم»: وهو قول أبـي إسحاق، لأن الإحياء قد تم، وما بقي إلاَّ الزراعة، وذلك انتفاع بالمحيا، فلم يشترط، كسكنى الدار، والثاني: وهو ظاهر ما نقله المزني، أنه لا يملك إلاَّ بالزراعة؛ لأنها من تمام العمارة، ويخالف

---

(١) في نصب الباب وجه أنه لا يشترط لإحياء السكنى، والصحيح يشترط. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٥، الروضة ٥/ ٢٨٩).

(٢) المَراح: بالفتح هو موضع، والمُراح: بالضم موضع الاستراحة، وقد يكون المضموم أيضاً موضعاً إذا أخذته من أراح الماشية إذا أواها، فإن الموضع من أفعل مضموم الميم، والحظيرة: ما يحيط بالشيء، وأصله الحظر، وهو المنع، لأنها تمنع من الدخول والخروج. (النظم ١/ ٤٢٤).

(٣) في نصب الباب وجه أنه لا يشترط للمراح والزريبة. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٥، الروضة ٥/ ٢٨٩).

(٤) المسناة: العرم، وفسر العرم بأنه السكر الذي يجتمع فيه الماء، ويشبه أن يكون ههنا الكوم الذي يجمع حوله التراب. (النظم ١/ ٤٢٤).

(٥) يشترط سوق الماء إن لم يكفها المطر، فإن كفاها لم يحتج لترتيب الماء، ويستثنى من سوق الماء أراضي الجبال والبطائح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٥، ٣٦٦، الروضة ٥/ ٢٩٠).

(٦) بطائح النبط بين العراقين، وهي أرض نزة لا يزال فيها الماء، ويزرع فيها الأرز، وهي بين واسط والبصرة ماء مستنقع لا يرى طرفاه من سعته، وهي مغيض دجلة والفرات، سمي الموضع بها لانبطاح الماء عليه. (النظم ١/ ٤٢٤).

السكنى فإنه ليس من تمام العمارة، وإنما هو كالحصاد في الزرع، والثالث: وهو قول أبـي العباس، أنه لا يتم إلاَّ بالزراعة والسقي؛ لأن العمارة لا تكمل إلاَّ بذلك[1].

وإن أراد حفر بئر فإحياؤها أن يحفر إلى أن يصل إلى الماء، لأنه لا يحصل البئر إلاَّ بذلك، فإن كانت الأرض صلبة تم الإحياء، وإن كانت رخوة لم يتم الإحياء حتى تطوى البئر؛ لأنها لا تكمل إلاَّ به.

فـصــل [ملك المعادن بالإحياء]:

وإذا أحيا الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن، كالبلور، والفيروزج، والحديد، والرصاص، لأنها من أجزاء الأرض، فملك بملكها، ويملك ما يتبع فيها من الماء، والقار[2]، وغير ذلك، وقال أبو إسحاق: لا يملك الماء وما ينبع فيها، وقد بينا ذلك في البيوع[3].

ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ، وقال أبو القاسم الصيمري: لا يملك الكلأ؛ لما روي أن أبيض بن حمال سأل رسول الله ﷺ عن حمى الأراك، فقال رسول الله ﷺ: «لا حمى في الأراك»[4]، ولأنه لو فرخ في الأرض طائر لم يملك، فكذلك إذا نبت فيه الكلأ، وقال أكثر أصحابنا: يملك؛ لأنه من نماء الملك فملكه بملكه كشعر الغنم.

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ولا تشترط الزراعة في الأصح لإحياء أرض الزراعة. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٦٦، الروضة ٥/ ٢٩٠).

(٢) القار: أسود لزج يعمل منه السفن. (النظم ١/ ٤٢٤).

(٣) مر البيع في أول هذا الجزء ص ٩ وما بعدها.

(٤) حديث أبيض بن حمال رواه أبو داود بلفظ المصنف. (٢/١٥٦ كتاب الخراج والإمارة، باب إقطاع الأراضين)، ورواه بالمعنى الترمذي وحسنه (٤/٦٣٤ كتاب الأحكام، باب القطائع)، والبيهقي (٦/ ١٤٩)، ورواه الدارمي بلفظ المصنف أيضاً (٢/٧٢١ كتاب البيوع، باب الحمى)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٦٤.

فصـل [ملك المرافق]:

ويملك بالإحياء ما يحتاج إليه من المرافق، كفناء الدار، والطريق، ومسيل الماء، وحريم البئر، وهو بقدر ما يقف فيه المستقى إن كانت البئر للشرب، وقدر ما يمر فيه الثور إن كانت للسقي.

وحريم النهر وهو ملقى الطين، وما يخرج منه من التقن[١]، ويرجع في ذلك إلى أهل العرف في الموضع، والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل أن النبي ﷺ قال: «منْ احتفرَ بئراً فله أربعون ذراعاً حولها، عطن لماشيته»[٢]، وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال: «من السنَّةِ أن حريمَ القليبِ العادية[٣] خمسون ذراعاً، وحريمُ البدىء خمسة وعشرون ذراعاً، وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع»[٤].

فإن أحيا أرضاً إلى جنب غيره، فجعل أحدهما داره مدبغة، أو مقصرة، لم يكن للآخر منعه من ذلك؛ لأنه تصرف مباح في ملكه، فلم يمنع منه[٥]، وإن

---

(١) ملقى الطين: حيث يلقى، وما يخرج منه من التقن بالتاء باثنتين من فوقها، وبالقاف والنون هو ما يجتمع من الحمأة وغيرها. (النظم ١/ ٤٢٤).

(٢) حديث عبد الله بن مغفل أخرجه ابن ماجه بإسناد ضعيف (٢/ ٨٣١ كتاب الرهون، باب حريم البئر)، وأخرجه الطبراني (المجموع ١٤/ ٤٦٧)، ورواه البيهقي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «حريم البئر أربعون ذراعاً من جوانبها كلها لأعطان الإبل والغنم وابن السبيل». (سنن البيهقي ٦/ ١٥٥).
والعطن حيث تبرك الإبل بعد الشرب الأول، وهو النهل لتعاد إلى الشرب الثاني، وهو العلل. (النظم ١/ ٤٢٥).

(٣) القليب: البئر قبل أن تطوى، تذكر وتؤنث، والبئر العادية القديمة، والبدىء هي التي ابتدىء حفرها، والبدء والبدي البئر التي حفرت في الإسلام، وليست بعادية. (النظم ١/ ٤٢٥).

(٤) أثر ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أخرجه البيهقي (٦/ ١٥٥، ١٥٦).

(٥) انظر: الروضة ٥/ ٢٨٥.

ألصق حائطه بحائطه منع من ذلك، وإن طرح في أصل حائطه سرجيناً منع منه؛ لأنه تصرف باشر ملك الغير بما يضر به، فمنع منه.

فإن حفر حشا في أصل حائطه لم يمنع منه، لأنه تصرف في ملكه، ومن أصحابنا: من قال: يمنع؛ لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما في الأرض.

وإن ملك بئراً بالإحياء، فجاء رجل وتباعد عن حريمه، وحفر بئراً، فنقص ماء الأول، لم يمنع منه؛ لأنه تصرف في موات لا حق لغيره فيه.

فصل [التحجير]:

وإن تحجر رجل مواتاً، وهو أن يشرع في إحيائه، ولم يتمم، صار أحق به من غيره؛ لقوله ﷺ: «منْ سَبَقَ إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به»[1]، وإن نقله إلى غيره صار الثاني أحق به؛ لأنه آثره صاحب الحق به، وإن مات انتقل ذلك إلى وارثه؛ لأنه حق تملك ثبت له، فانتقل إلى وارثه كالشفعة[2]، وإن باعه ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق، أنه يصح؛ لأنه صار أحق به، فملك بيعه، والثاني: أنه لا يصح، وهو المذهب؛ لأنه لم يملكه بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الأخذ[3].

وإن بادر غيره إلى إحيائه نظرتَ: فإن كان ذلك قبل أن تطول المدة، ففيه وجهان، أحدهما: لا يملك؛ لأن يد المتحجر أسبق، والثاني: يملك؛ لأن الإحياء يملك به، والتحجر لا يملك به، فقدم ما يملك به على ما لا يملك به[4]،

---

(١) هذا الحديث رواه أبو داود (٢/ ١٥٨ كتاب الخراج والإمارة، باب إقطاع الأراضين).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٢٨٦.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يصح بيع المتحجر على الصحيح أو الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٦، الروضة ٥/ ٢٨٨).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ويملك المحيي على الأصح المنصوص ما تحجر من غيره. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٧، الروضة ٥/ ٢٨٧).

وإن طالت المدة، ولم يتمم، قال له السلطان: إما أن تعمر، وإما أن ترفع يدك؛ لأنه ضيّق على الناس في حق مشترك بينهم، فلم يمكن منه، كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء[1]، ومنع غيره منها، وإن سأل أن يُمهل أمهل مدة قريبة[2]، فإن انقضت المدة، ولم يُحْيِ فبادر غيره فأحيا، ملك؛ لأنه لا حق له بعد انقضاء المدة.

فصل [المعدن الظاهر بالإحياء]:

ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر، وهو الذي يوصل إلى ما فيه من غير مؤنة، كالماء، والنفْط، والمُومياء[3]، والياقوت، والبرام، والملح، والكحل، كان أحق به[4]، لقوله ﷺ: «منْ سبقَ إلى ما لم يسبِقْ إليه فهو أحق به»[5]، فإن أطال المقام فيه، ففيه وجهان، أحدهما: لا يمنع؛ لأنه سبق إليه، والثاني: يمنع؛ لأنه يصير كالمتحجر[6].

فإن سبق اثنان، وضاق المكان، وتشاحا، فإن كانا يأخذان للتجارة هايأ الإمام بينهما[7]، فإن تشاحا في السبق أقرع بينهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، فقدم بالقرعة، وإن كانا يأخذان . . . .

---

(١) مشرعة الماء: هي الطريق إلى الماء، وكذا الشريعة، وهو مورد الشاربة، والشريعة ما شرعه الله تعالى لعباده من الدين، مأخوذ من هذا. (النظم ١/ ٤٢٥).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٧.

(٣) النفط: دهن شديد الحرارة يستخرج من النار، كريه الرائحة، والموميا دواء للجراحات وتجبير المفاصل يخرج من الحجارة. (النظم ١/ ٤٢٥).

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٢.

(٥) هذا الحديث سبق بيانه في الفصل السابق ص ٦١٨.

(٦) الوجه الثاني هو الراجح فإن زاد عن حاجته فالأصح إزعاجه ومنعه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٢، الروضة ٥/ ٣٠١).

(٧) هايأ الإمام بينهما: جعل لهذا نوبة ولهذا نوبة، مأخوذ من هيأت إذا أصلحت. (النظم ١/ ٤٢٤).

للحاجة[1]، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: يقرع بينهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر[2]، والثاني: يقسم بينهما، لأنه يمكن لهما القسمة فلا يؤخر حقه، والثالث: يقدم الإمام أحدهما؛ لأن للإمام نظراً في ذلك، فقدم من رأى تقديمه[3].

وإن كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء حصل فيه ملح جاز أن يملك بالإحياء؛ لأنه يوصل إليه بالعمل والمؤنة، فملك بالإحياء كالموات.

فصل [المعدن الباطن]:

وإن سبق إلى معدن باطن، وهو الذي لا يوصل إليه إلاَّ بالعمل والمؤنة، كمعدن الذهب، والفضة، والحديد، والرصاص، والياقوت، والفيروزج، فوصل إلى نيله[4]ملك ما أخذه، لقوله ﷺ: «من سبقَ إلى ما لم يسبِقْ إليه فهو أحق به»[5]، وهل يملك المعدن؟ فيه قولان، أحدهما: يملكه؛ لأنه موات لا يوصل إلى ما فيه إلاَّ بالعمل والإنفاق، فملكه بالإحياء كموات الأرض، والثاني: لا يملك، وهو الصحيح؛ لأن النبي ﷺ علق الملك في الموات على الإحياء، وهو العمارة، والعمل في المعدن حفر وتخريب فلا يملك به، ولأنه يحتاج في كل جزء يأخذه إلى عمل فلا يملك منه إلاَّ ما أخذ[6]، ويخالف موات الأرض لأنه إذا

---

(١) الحاجة ههنا الفقر. (النظم ١/ ٤٢٥).

(٢) المزية: الفضيلة، يقال: له عليه مزية، ولا يبنى منه فعل. (النظم ١/ ٤٢٥).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، ويقرع بينهما في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٢، الروضة ٥/ ٣٠١).

(٤) نيله: هو ما يتناول منه باليد، ويقال: نال ينال نيلاً إذا أصاب خيراً. (النظم ١/ ٤٢٥).

(٥) هذا الحديث سبق بيانه قبل فصلين ص ٦١٨.

(٦) القول الثاني هو الراجح، فلا يملك المعدن الباطن بالحفر والعمل في الأظهر، ورجحه الشافعي والأصحاب، فإن أحيا الأرض فظهر فيه معدن باطن ملكه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٢، ٣٧٣، الروضة ٥/ ٣٠٢، ٣٠٣).

عمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف، فملك به؛ فإن قلنا: إنه يملك بالإحياء ملكه إلى القرار وملك مرافقه.

فإن تباعد إنسان عن حريمه، وحفر معدناً، فوصل إلى العرق[1]، لم يمنع من أخذ ما فيه؛ لأنه إحياء في موات لا حق فيه لغيره، فإن حفر ولم يصل إلى النَّيْل صار أحق به، كما قلنا فيمن تحجر في موات الأرض، فإن قلنا: لا يملك، كان كالمعدن الظاهر في إزالة يده، إذا طال مقامه، وفي القسمة والتقديم بالقرعة، وتقديم من يرى الإمام تقديمه[2].

فصل [الارتفاق في العامر]:

ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع، والرحاب الواسعة، بالقعود للبيع والشراء، لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار، ولأنه ارتفاق بمباح من غير إضرار، فلم يمنع منه، كالاجتياز، فإن سبق إليه كان أحق به، لقوله ﷺ: «مِنى مُناخُ منْ سبقَ»[3]، وله أن يظلل بما لا ضرر به على المارة من باريّة وثوب[4]، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك[5].

وإن أراد أن يبني دكة منع؛ لأنه يضيق به الطريق، ويعثر به الضرير[6]، وبالليل البصير، فلم يجز.

وإن قام وترك المتاع لم يجز لغيره أن يقعد فيه؛ لأن يد الأول لم تزل، وإن

---

(١) وصل إلى العرق: أي أصله وموضع ابتدائه، مأخوذ من عرق الشجرة. (النظم ١/ ٤٢٦).
(٢) مر بيان ذلك في الفصل السابق.
(٣) هذا حديث حسن، وأسانيده جيدة، وسبق بيانه ج ١ ص ٤٤٦.
(٤) الباريّة شيء يتظلل به، صفيق من خوص أو غيره، ويقال: باريّة وبوريّ بالتشديد، وبارياء ثلاث لغات. (النظم ١/ ٤٢٦).
(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٩.
(٦) خصّ الأعمى باسم الضرير، وإن كانت العاهات والعلل كلها مضار، لأن العمى أعظم المضار وأتعبها. (النظم ١/ ٤٢٦).

نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه؛ لأنه زالت يده[1].

وإن قعد وأطال، ففيه وجهان، أحدهما: يمنع؛ لأنه يصير كالمتملك، وتملكه لا يجوز، والثاني: يجوز؛ لأنه قد ثبت له اليد بالسبق إليه[2].

وإن سبق إليه اثنان، ففيه وجهان، أحدهما: يقرع بينهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، والثاني: يقدم الإمام أحدهما؛ لأن للإمام النظر والاجتهاد، ولا تجيء القسمة، لأنها لا تملك فلم تقسم[3].

بـــاب
الإقطاع والحمى[4]

يجوز للإمام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالإحياء، لما روى علقمة ابن وائل عن أبيه «أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضاً فأرسل معه معاوية، أن أعطه إياها، أو قال: أعطها إياه»[5]، وروى ابن عمر: «أن النبـي ﷺ أقطع الزبير حُضْر فرسه[6]، فأجرى فرسه حتى قام، ورمى بسوطه، فقال: أعطوه من حيث وقع

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٠، الروضة ٥/ ٢٩٥.

(٢) يبدو ترجيح الوجه الثاني، وأنه يجوز القعود وإن أطال.

(٣) الوجه الأول هو الراجح، فإن سبق إليه اثنان أقرع. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٠).

(٤) الإقطاع مأخوذ من القطع، كأنه يقطع له قطعة من الأرض، والحمى: المكان المحموم والممنوع، حماه يحميه إذا منعه، يقال: حمى المكان حمى بالقصر، وحاماه محاماة وحماء بالمد فيجوز قصر الحمى ومده، والأشهر القصر. (النظم ١/ ٤٢٦).

(٥) حديث علقمة بن وائل أخرجه أبو داود (٢/ ١٥٤ كتاب الخراج والإمارة، باب إقطاع الأرضين)، والترمذي وصححه (٤/ ٦٣٥ كتاب الأحكام، باب القطائع)، وأحمد (٦/ ٣٩٩)، والبيهقي (٦/ ١٤٤)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٦٤.

(٦) الحُضْر: العدو والجري، أقام المصدر مقام الاسم، ومعناه موضع حُضر فرسه. (النظم ١/ ٤٢٦).

السوط»[1]، وروي أن أبا بكر أقطع الزبير[2]، وأقطع عمر علياً، وأقطع عثمان رضي الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ الزبير وسعداً وابن مسعود وخباباً وأسامة بن زيد، رضي الله عنهم.

ومن أقطعه الإمام شيئاً من ذلك صار أحق به، ويصير كالمتحجر في جميع ما ذكرناه؛ لأن بإقطاع الإمام صار أحق به كالمتحجر، فكان حكمه حكم المتحجر[3].

ولا يقطع من ذلك إلاَّ ما يقدر على إحيائه؛ لأنه إذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة[4].

فصل [إقطاع المعادن]:

وأما المعادن فإنها إن كانت من المعادن الظاهرة فلم يجز إقطاعها، لما روى ثابت بن سعيد عن أبيه، عن جده أبيض بن حمال «أنه استقطع النبي ﷺ ملح المَأْرِب[5] فأقطعه إياه، ثم إن الأقرع بن حابس قال: يا رسول الله، إني قد وردت الملح في الجاهلية، وهو بأرض ليس بها ملح، ومن ورده أخذه، وهو مثل الماء العِدّ بأرض، فاستقال أبيض بن حمال، فقال أبيض: قد أقلتك فيه على أن تجعله مني صدقة، فقال رسول الله ﷺ: هو منك صدقة»[6]، وهو مثل الماء العد، ومن

---

(١) حديث ابن عمر رواه أبو داود (٢/١٥٨ كتاب الخراج والإمارة، باب إقطاع الأرضين) وفيه ضعف، وله أصل في الصحيحين من حديث أسماء بنت أبي بكر أن النبي ﷺ أقطع الزبير أرضاً من أموال بني النضير. (التلخيص الحبير ٣/ ٦٤، المجموع ١٤/ ٤٨٠).

(٢) رواه البيهقي (٦/ ١٤٥).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٧.

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٨.

(٥) المأرب بالهمز، والماء العد: هو الذي لا تنقطع مادته كماء البئر والعين، والجمع الأعداد، وأراد أنه أقطعه ما يستضر الناس بمنعه، كما يستضرون بمنع الماء. (النظم ١/ ٤٢٦).

(٦) حديث أبيض بن جمال أخرجه أبو داود (٢/ ١٥٥ كتاب الخراج والإمارة، باب إقطاع الأرضين)، والترمذي وحسنه (٤/ ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب القطائع)، والبيهقي (٦/ ١٤٩).

ورده أخذه[1].

وإن كانت من المعادن الباطنة فإن قلنا: إنها تملك بالإحياء، جاز إقطاعه، لأنه موات يجوز أن يملك بالإحياء فجاز إقطاعه كموات الأرض[2]، وإن قلنا: لا تملك بالإحياء فهل يجوز إقطاعه؟ فيه قولان، أحدهما: يجوز إقطاعه؛ لأنه يفتقر الانتفاع به إلى المؤن، فجاز إقطاعه، كموات الأرض، والثاني: لا يجوز؛ لأنه معدن لا يملك بالإحياء فلم يجز إقطاعه كالمعادن الظاهرة[3]، فإذا قلنا: يجوز إقطاعه لم يجز إلاَّ ما يقوم به، لما ذكرناه في إقطاع الموات.

فـصـل [إقطاع الرحاب للارتفاق]:

ويجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الأسواق للارتفاق، فمن أقطع شيئاً من ذلك صار أحق بالموضع، نقل متاعه أو لم ينقل؛ لأن للإمام النظر والاجتهاد، فإذا أقطعه ثبتت يده عليه بالإقطاع، فلم يكن لغيره أن يقعد فيه.

فـصـل [حمى الموات]:

ولا يجوز لأحد أن يحمي مواتاً، ليمنع الإحياء ورعي ما فيه من الكلأ، لما روى الصَّعْب بن جَثَّامَةَ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا حمى إلاَّ لله ولرسوله»[4].

---

(١) قال النووي: «من المعادن الظاهرة الملح الذي ينعقد من الماء، وكذا الجبلي إن كان ظاهراً لا يحتاج إلى حفر وتنحية تراب». (الروضة ٥/ ٣٠١).

(٢) هذا هو القول المرجوح أن المعدن الباطن يملك بالإحياء، وسبق ص ٦٢٠ (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٣، الروضة ٥/ ٣٠٢).

(٣) القول الأول هو الراجح، ويجوز إقطاع المعدن الباطن في الأظهر، على القول بأنه لا يملك بالإحياء، وهو إقطاع إرفاق كمقاعد الأسواق، وقيل: تمليك كإقطاع الموات. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٣، الروضة ٥/ ٣٠٢، ٣٠٣).

(٤) حديث الصعب بن جثَّامة أخرجه البخاري (٢/ ٨٣٥ كتاب المساقاة (الشرب)، باب لا حمى إلا لله ولرسوله)، وأبو داود (٢/ ١٦٠ كتاب الخراج والإمارة، باب الأرض يحميها الإمام =

فأما الرسول عليه السلام فإنه كان يجوز له أن يحمي لنفسه وللمسلمين، فأما لنفسه فإنه ما حمى، ولكنه حمى للمسلمين، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ حمى النقيع[1] لخيل المسلمين»[2].

وأما غيره من الأئمة فلا يجوز أن يحمي لنفسه للخبر، وهل يجوز أن يحمي لخيل المجاهدين، ونعم الجزية، وإبل الصدقة، وماشية من يضعف عن الإبعاد في طلب النُجْعة[3]؟ فيه قولان، أحدهما: لا يجوز للخبر، والثاني: يجوز[4]، لما روى عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال: أتى أعرابي من أهل نجدٍ عمرَ، فقال: يا أمير المؤمنين، بلاد قاتلنا عليها في الجاهلية، وأسلمنا عليها في الإسلام، فعلام تحميها؟ فأطرق عمر رضي الله عنه، وجعل ينفخ ويفتل شاربه، وكان إذا كره أمراً فتل شاربه ونفخ، فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك، فقال عمر: المال مال الله، والعباد عباد الله، فلولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً في شبر، قال مالك: نبئت أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفاً من الظهر، وقال مرة: من الخيل[5]،

= أو الرجل)، وأحمد (٤/٣٨، ٧١، ٧٣)، والبيهقي (٦/١٤٦، ٩/٧٨)، وانظر: نيل الأوطار ٥/٣٤٦.

(١) النقيع: بالنون، وهو موضع من المدينة على أميال، يستنقع فيه الماء، وأما البقيع بالباء فمقبرة المدينة على باب البلد. (النظم ١/٤٢٧)، والآن البقيع في وسط المدينة.

(٢) حديث ابن عمر رواه أحمد (٢/١٥٥، ١٥٧)، والبيهقي (٦/١٤٦)، وابن حبان (نيل الأوطار ٥/٣٤٦، المجموع ١٤/٤٨٧).

(٣) النُجعة: بضم النون طلب المرعى. (النظم ١/٤٢٧).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ويجوز للأئمة أن يحموا لمصالح المسلمين في الأظهر. (الروضة ٥/٢٩٢).

(٥) رواه أبو عبيد في (الأموال ص ٤١٩)، وروى البخاري أن عمر حمى الشَّرَف والرَّبَذَة (٢/٨٣٥ كتاب المساقاة، باب لا حمى إلاّ لله ولرسوله)، وأطرق: إذا سكت فلم يتكلم، أو أطرق: أرخى عينيه ينظر إلى الأرض. (النظم ١/٤٢٧).

وروى زيد بن أسلم عن أبيه «أن عمرَ رضي الله عنه، استعمل مولى له يدعي هُنَيًّا على الحمى، وقال له: يا هُني اضمم جَنَاحك[1] عن الناس، واتق دعوةَ المظلوم، فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل رب الصُّرَيْمة[2] والغُنَيْمَة[3]، وإياك ونَعَمَ ابن عوف، وإياك ونَعَمَ ابن عفان، فإنهما إن تهلك ماشيتُهما يرجعا إلى نخل وزرع، وإنَّ ربَّ الصُّرَيْمة وربَّ الغُنَيْمة، إن تهلك ماشيتهما، فيأتياني فيقولا: يا أمير المؤمنين، أفتاركهم أنا؟ لا أبا لك[4]، إن الماء والكلأ أيسر عندي من الذهب والورق، والذي نفسي بيده، لولا المال الذي أحْمِل عليه في سبيل الله ما حَمَيْت عليهم من بلادهم شبراً»[5].

فإن حمى رسول الله ﷺ أرضاً لحاجة، والحاجة باقية لم يجز إحياؤها، وإن زالت الحاجة، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه زال السبب، والثاني:

---

(١) الجناح: عبارة عن اليد، أي أمسك يدك، ولا تمددها إلى ضرر مسلم، لأن الجناح هي يد الطائر، وقيل: أي تواضع لهم، وقيل: معناه اتق الله، لأن ضم الجناح هو تقوى الله، فكأنه قال: اتق الله في المسلمين. (النظم ١/ ٤٢٧).

(٢) الصريمة: تصغير صرمة، وهي القطعة من الإبل نحو الثلاثين. (النظم ١/ ٤٢٧).

(٣) الغنيمة: تصغير غنمة، والغنيمة ما بين الأربعين والمائة من الشاء والغنم مما تفرد به راع واحد، أو هي ما بين المائتين إلى أربعمائة. (النظم ١/ ٤٢٧).

(٤) لا أبا لك: ظاهره الذم، والقصد التحريض على الشيء، كأنه قال: لا أبا لك إن لم تفعل ذلك، ولا يجوز تنوينه، لأنه مضاف، واللام مقحمة، تقديره: لا أباك. (النظم ١/ ٤٢٧).

(٥) حديث زيد بن أسلم أخرجه البخاري (٣/ ١١١٣ كتاب الجهاد، باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مال وأرضون فهي لهم)، ومالك (الموطأ ص ٦١٩، كتاب دعوة المظلوم، باب ما يتقى من دعوة المظلوم)، والبيهقي (٦/ ١٤٦)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٦٧، نيل الأوطار ٥/ ٣٤٦، الأموال لأبي عبيد ص ٤١٨.

وقوله: إياك ونعم ابن عوف وابن عثمان أي لا تدخلها في الحمى، فإنهما غنيان لا يضرهما هلاك نعمهما. (النظم ١/ ٤٢٧).

لا يجوز؛ لأن ما حكم به رسول الله ﷺ نص، فلا يجوز نقضه بالاجتهاد[1].

وإن حماه إمام غيره، وقلنا: إنه يصح حماه، فأحياه رجل، ففيه قولان، أحدهما: لا يملكه، كما لا يملك ما حماه رسول الله ﷺ، والثاني: يملك؛ لأن حمى الإمام اجتهاد، وملك الأرض بالإحياء نص، والنص لا ينقض بالاجتهاد[2].

باب
حكم المياه

الماء[3] اثنان مباح وغير مباح، فأما غير المباح، فهو ما ينبع في أرض مملوكة، فصاحب الأرض أحق به من غيره؛ لأنه على المنصوص يملكه، وعلى قول أبي إسحاق: لا يملكه، إلاَّ أنه لا يجوز لغيره أن يدخل إلى ملكه بغير إذنه، فكان أحق به[4].

وإن فضل عن حاجته واحتاج إليه الماشية للكلأ لزمه بذله[5] من غير عوض، وقال أبو عبيد بن حرب: لا يلزمه بذله، كما لا يلزمه بذل الكلأ للماشية، ولا بذل الدلو والحبل ليستقي به الماء للماشية، والمذهب: الأول، لما روى إياس بن

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، فما حماه الرسول ﷺ نصٌ فلا ينقض ولا يغير بحال، هذا هو المذهب. (الروضة ٥/ ٢٩٣).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ولا يملك المحيي ما حماه الإمام في الأصح لما فيه من الاعتراض على تصرف الإمام وحكمه، فإن أذن له الإمام بإحياء ملكه، ويكون الإذن نقضاً. (الروضة ٥/ ٢٩٣).

(٣) الماء: أصل الماء: ماه بالهاء، فأبدلت همزة، لأنها أقوى على حركة، يدل على ذلك ظهورها في الجمع، في مياه، وأمواه، وفي التصغير: مويه. (النظم ١/ ٤٢٨).

(٤) القول الأول هو القول الصحيح، ويملك الماء المحفور في ملك في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٥).

(٥) البذل: هو إعطاء الغير مجاناً بغير عوض. (النظم ١/ ٤٢٨).

عمرو أن النبي ﷺ «نهى عن بيع فضل الماء»[1]، وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من منع فضل الماء[2] ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته»[3]، ويخالف الكلأ فإنه لا يستخلف[4] عقيب أخذه، وربما احتاج إليه لماشيته قبل أن يستخلف، فتهلك ماشيته، والماء يستخلف عقيب أخذه، وما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف، فيستضر، والضرر لا يزال بالضرر، ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع، لأن الزرع لا حرمة له في نفسه، والماشية لها حرمة في نفسها، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه، ولو كانت الماشية له لزمه سقيها، وإن لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله؛ لأن النبي ﷺ علق الوعيد

---

(١) حديث إياس بن عمرو رواه أبو داود (٢/ ٢٤٩ كتاب الإجارة، باب بيع فضل الماء)، والترمذي وصححه (٤/ ٤٩٠ كتاب البيوع، باب بيع فضل الماء)، والنسائي (٧/ ٢٧٠ كتاب البيوع، باب بيع فضل الماء)، وابن ماجه (٢/ ٨٢٨ كتاب الرهون، باب النهي عن بيع الماء)، وسمى أبو داود والترمذي وابن ماجه الراوي باسم إياس بن عبد المزني، واقتصر النسائي على إياس، وقال أبو الفتح القشيري عن حديث إياس في السنن: هو على شرط الشيخين. (المجموع ١٤/ ٤٩٢).
ورواه مسلم عن جابر بلفظ «نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء» (١٠/ ٢٢٨ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء)، ورواه أحمد عن أبي هريرة (٢/ ٤٢٠).

(٢) الفضل: الزائد الذي يفضل عنه، ويزيد عن حاجته. (النظم ١/ ٤٢٨).

(٣) حديث أبي هريرة رواه البخاري بلفظ «لا يمنع فضل الماء ليمنع فضل الكلأ»، وبلفظ «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ» (٢/ ٨٣٠ كتاب المساقاة، باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يَرْوى)، ورواه مسلم (١٠/ ٢٣٠ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء)، والبيهقي (٦/ ١٥١).
واللفظ الذي ساقه المصنف روى قريباً منه الإمام أحمد عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، ولفظه «من منع فضل مائه، أو فضل كلئه، منعه الله عز وجل فضله يوم القيامة» (مسند أحمد ٢/ ١٧٩، ١٨٣، ٢٢١)، ورواه الطبراني في الكبير والصغير. (المجموع ١٤/ ٤٩٢).

(٤) يستخلف: أي يأتي بشيء عقب ذهابه، من الخلف، وهو نقيض قدام. (النظم ١/ ٤٢٨).

على منع الفضل، ولأن ما لا يفضل عن حاجته يستضر ببذله، والضرر لا يزال بالضرر.

فصل [الماء المباح]:

وأما المباح فهو الماء الذي ينبع[1] في الموات، فهو مشترك بين الناس، لقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة: الماءُ والنارُ والكلأ»[2] فمن سبق منهم إلى شيء منه كان أحق به، لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به»[3]، فإن أراد أن يسقي منه أرضاً، فإن كان نهراً عظيماً كالنيل، والفرات، وما أشبههما من الأودية العظيمة، جاز أن يسقي منه ما شاء، ومتى شاء[4] لأنه لا ضرر فيه على أحد، وإن كان نهراً صغيراً لا يمكن سقي الأرض منه إلاَّ أن يحبسه، فإن كانت الأرض متساوية بدأ من أول النهر، فيحبس الماء حتى يسقي أرضه إلى أن يبلغ الماء إلى الكعب، ثم يرسله إلى من يليه، وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي، لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبـي ﷺ «قضى في شرب نهر من سيل أن للأعلى أن يشرب قبل الأسفل، ويجعل الماء فيه إلى الكعب ثم يرسله إلى الأسفل الذي يليه كذلك حتى تنتهي الأرَضون»[5].

---

(١) ينبع: فيها ثلاث لغات: ينبُع، وينبَع، وينبِع. (النظم ١/ ٤٢٨).

(٢) هذا الحديث رواه أبو داود (٢/ ٢٤٩ كتاب البيوع والإجارة، باب منع الماء)، وابن ماجه (٢/ ٨٢٦ كتاب الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث)، وأحمد (٥/ ٣٦٤)، والبيهقي (٦/ ١٥٠)، واللفظ عندهم «المسلمون شركاء...».

(٣) هذا الحديث سبق بيانه صفحة ٦١٨ هامش ١.

(٤) انظر: الروضة ٥/ ٣٠٤، ٣٠٥.

(٥) حديث عبادة بن الصامت رواه ابن ماجه (٢/ ٨٣٠ كتاب الرهون، باب الشرب من الأودية)، والبيهقي (٦/ ١٥٤) وهو مرسل، وروى معناه عن عمرو بن شعيب أبو داود، وابن ماجه (٢/ ٨٣٠ كتاب الرهون، باب الشرب من الأودية)، وفي إسناده من تكلم فيه. (المجموع ١٤/ ٤٩٦). =

وروى عبد الله بن الزبير أن الزبير ورجلاً من الأنصار تنازعا في شِراج الحرة[1] التي يسقى بها النخل، فقال الأنصاري للزبير: سرح الماء، فأبـى الزبير، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ للزبير: اسقِ أرضك، ثم أرسل الماء إلى أرض جارك، فقال الأنصاري: أن كان ابن عمتك[2] يا رسول الله، فتلوّن وجه رسول الله ﷺ، فقال: يا زبير اسقِ أرضك واحبس الماء إلى أن يبلغ الجذر»[3].

وإن كانت الأرض بعضها أعلى من بعض، ولا يقف الماء في الأرض العالية إلى الكعب حتى يقف في الأرض المستفلة إلى الوسط، فيسقي المستفلة حتى يبلغ الماء إلى الكعب ثم يسدها، ويسقي العالية حتى يبلغ الكعب.

فإن أحيا جماعة أرضاً على هذا النهر، وسقوا منه، ثم جاء رجل فأحيا أرضاً

= والشرب: بالكسر النصيب، وبالفتح المصدر، قال الله عز وجل: ﴿لها شِربٌ، ولكم شِرْب يوم معلوم﴾ [الشعراء: ١٥٥]، والأرَضون: بفتح الراء، ولا يجوز إسكانها، ولا يجوز أن تجمع على الأراضي، لأن أفاعل جمع أفعل، كأحمد وأحامد، لكن يجمع على أرضين، أو أراض، أو آراض، وقيل: أراضي جمع آراض جمع الجمع. (النظم ١/ ٤٢٨).

(١) الشراج: جمع شرجة أو شرج، وهي الأماكن التي يسيل إليها الماء من الحرة إلى السهل، والحرة حجارة سود، الواحد: شرْج بالإسكان. (النظم ١/ ٤٢٨، المجموع ١٤/ ٤٩٩).

(٢) أن كان ابن عمتك: بفتح أن، أي لكونه ابن عمتك حكمت له. (النظم ١/ ٤٢٨).

(٣) حديث عبد الله بن الزبير رواه البخاري (٢/ ٨٣٢ كتاب المساقاة والشرب، باب سَكْر الأنهار، وباب شُرْب الأعلى قبل الأسفل)، ومسلم (١٥/ ١٠٧ كتاب الفضائل، باب وجوب اتباعه ﷺ)، وأبو داود (٢/ ٢٨٣ كتاب الأقضية، أبواب القضاء)، والترمذي (٤/ ٥٥٩ كتاب الأحكام، باب في الرجلين يكون أحدهما أسفل في الماء)، والنسائي (٨/ ٢٠٩ كتاب آداب القضاء، باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان)، وابن ماجه (٢/ ٨٢٩ كتاب الرهون، باب الشرب من الأودية)، وأحمد (١/ ١٦٦، ٤/ ٥).
وقوله: «حتى يبلغ الجدر» الجدر ما رفع من أعضاء المزرعة ليمسك الماء كالجدار، والرواية بالدال المهملة، وقال الخطابي: بالذال المعجمة، وهو أصل الجدار. (النظم ١/ ٤٢٨).

في أعلاه إذا سقى أرضه استضر أهل النهر، منع من ذلك؛ لأن من ملك أرضاً ملكها بمرافقها، والنهر من مرافق أرضهم، فلا يجوز مضايقتهم فيه.

فصل [استنباط العين]:

وإن اشترك جماعة في استنباط عين[1] اشتركوا في مائها، فإن دخلوا على أن يتساووا تساووا في الإنفاق، وإن دخلوا على أن يتفاضلوا، تفاضلوا في الإنفاق، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة؛ لأنهم استفادوا ذلك بالإنفاق، فكان حقهم على قدره[2].

فإن أرادوا سقي أراضيهم بالمهايأة[3] يوماً يوماً جاز، وإن أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الأراضي، وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم، فتخرج حصة كل واحد منهم إلى أرضه، فإن أراد أحدهم أن يأخذ حقه من الماء قبل المقسم في ساقية يحفرها إلى أرضه، منع من ذلك، لأن حريم النهر مشترك بينهم، فلا يجوز لواحد منهم أن يحفر فيه، فإن أراد أن ينصب رحى قبل المقسم، ويديرها بالماء منع من ذلك؛ لأنه يتصرف في حريم مشترك. فإن أراد أن يأخذ الماء ويسقي به أرضاً أخرى ليس لها رسم بشرب[4] من هذا النهر، منع منه، لأنه يجعل لنفسه شرباً لم يكن له، كما لا يجوز لمن له داران متلاصقان في دربين أن يفتح من أحدهما باباً إلى الأخرى، فيجعل لنفسه طريقاً لم يكن له، والله أعلم.

● ● ●

---

(١) الاستنباط: الاستخراج، يقال: أنبط الحافر إذا أخرج الماء، قال تعالى: ﴿لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾ [النساء: ٨٣]، أي يستخرجونه. (النظم ١/٤٢٨).

(٢) انظر: الروضة ٥/٣٠٧.

(٣) المهايأة: هيأت الأمر: أصلحته، ولعله أخذ من هذا، كأنهما اصطلحا على ذلك، والمهايأة: المناوبة. (النظم ١/٤٢٨).

(٤) الرسم: الأثر، يقال رسم الدار، ورسم البناء. (النظم ١/٤٢٩).

كتاب اللقطة

إذا وجد الحر الرشيد[1] لقطة[2] يمكن حفظها وتعريفها، كالذهب، والفضة، والجواهر، والثياب، فإن كان ذلك في غير الحرم جاز التقاطه للتملك[3]، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ «سئل عن اللقطة؟ فقال: ما كان منها في طريق مِئتاء[4] فعرفها حولاً، فإن جاء صاحبها، وإلاّ فهي لك، وما كان في خراب ففيها وفي الركاز الخمس»[5].

---

(١) الرشيد: الذي يفعل الرشاد، وهو ضد الغي والفساد، ويتحرى الصواب، ويتجنب الخطأ. (النظم ١/ ٤٢٩).

(٢) اللُّقَطة: بالإسكان المال الملقوط، وبفتحها اسم الرجل الملتقط، كقولهم همزة وضحكة، وقيل هو اسم المال الملتقط، واللقطة بفتح القاف، والعامة تسكنها، وأصله من لقط الشيء، والتقطه إذا أخذه من الأرض، وأصله فعلة في الكلام اسم فاعل، وفعلة اسم للمفعول، غير أن كلام العرب جاء في اللقطة على غير قياس، وأجمعوا على أن اللقطة الشيء الملتقط، والالتقاط وجود الشيء من غير طلب. (النظم ١/ ٤٢٩).

(٣) قال النووي: «قلت: لا تحل لقطة الحرم للتملك على الصحيح، ويجب تعريفها قطعاً». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٧)، وانظر: الروضة ٥/ ٤١٢.

(٤) طريق مئتاء: أي مسلوك، مفعول من الإتيان، ومئتاء الطريق، وميداؤه محجته، ومنه الحديث «لولا أنه طريق مِئتاء لحزنا عليك يا إبراهيم». (النظم ١/ ٤٢٩).

(٥) حديث عبد الله بن عمرو رواه أبو داود (١/ ٣٩٦ كتاب اللقطة، بدون باب)، ورواه أحمد =

وله أن يلتقطها للحفظ على صاحبها، لقوله تعالى: ﴿وتعاونُوا على البر والتقوى﴾ [المائدة: ٢]، ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من كشفَ عن مسلم كُرْبةً من كربِ الدنيا كشفَ اللَّهُ عنْه كربةً من كُربِ يومِ القيامة، واللَّهُ في عونِ العبد ما دام العبدُ في عونِ أخيه»(١).

وإن كانت في الحرم لم يجز أن يأخذها إلاَّ للحفظ على صاحبها، ومن أصحابنا من قال: يجوز التقاطها للتملك؛ لأنها أرض مباحة، فجاز أخذ لقطتها للتملك كغير الحرم، والمذهب: الأول، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن هذا البلد حرّمه الله يوم خلق السموات والأرض، فهو حرام إلى يوم القيامة، لم يحل لأحد قبلي، ولا يحل لأحد بعدي، ولم يحل لي إلاَّ ساعة من نهار، وهو حرام إلى يوم القيامة، لا ينفر صيدُها، ولا يعضد شجرها(٢)، ولا تلتقط لقِطتها إلاَّ لمعرف»(٣)، ويلزمه المقام للتعريف، وإن لم يمكنه المقام دفعها إلى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح.

فـصـل [حكم لقطة الحرم]:

وهل يجب أخذها؟ روى المزني: أنه قال لا أحب تركها، وقال في «الأم»: لا يجوز تركها، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان(٤)، أحدهما: لا يجب؛ لأنها

= بلفظ «ما يوجد في الخراب العادي، وفي الركاز الخمس». (٢/ ٢٠٣).

(١) حديث أبي هريرة رواه أحمد (٢/ ٢٧٤)، ومر سابقاً ص ٣٧٩ هـ ٤.

(٢) لا يعضد شجرها: أي لا يقطع. (النظم ١/ ٤٢٩).

(٣) حديث ابن عباس صحيح متفق عليه، وسبق ج ١ ص ٧١٩، ٧٤٥، وانظر (صحيح البخاري ٢/ ٨٥٧ كتاب اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة، سنن أبي داود عن أبي هريرة ١/ ٤٦٥ كتاب المناسك، باب تحريم حرم مكة).

(٤) هذا الطريق هو الأصح، وهو قول الأكثرين، وأن في وجوب الالتقاط قولين، أظهرهما: لا يجب الالتقاط كالاستيداع، وعند عدم الوجوب فالأصح أنه يستحب لواثق بأمانة نفسه، وفي وجوب الالتقاط أربعة طرق. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٦، الروضة ٥/ ٣٩١).

أمانة فلم يجب أخذها كالوديعة، والثاني: يجب، لما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»(1)، ولو خاف على نفسه لوجب حفظها، فكذلك إذا خاف على ماله، وقال أبو العباس وأبو إسحاق وغيرهما: إن كانت في موضع لا يخاف عليها لأمانة أهله، لم يجب عليه؛ لأن غيره يقوم مقامه في حفظها، وإن كان في موضع يخاف عليها لقلة أمانة أهله، وجب؛ لأن غيره لا يقوم مقامه، فتعين عليه، وحمل القولين على هذين الحالين، فإن تركها ولم يأخذها لم يضمن؛ لأن المال إنما يضمن باليد أو بالإتلاف، ولم يوجد شيء من ذلك، ولهذا لا يضمن الوديعة إذا ترك أخذها فكذلك اللقطة.

فصل [الالتقاط من اثنين]:

وإن أخذها اثنان كانت بينهما، كما لو أخذا صيداً كان بينهما، فإن أخذها واحد وضاعت منه، ووجدها غيره، وجب عليه ردها إلى الأول؛ لأنه سبق إليها فقدم كما لو سبق إلى موات، فتحجره.

فصل [تعريف اللقطة]:

وإذا أخذها عرّف عفاصَها؛ وهو الوعاء الذي تكون فيه، ووكاءها: وهو الذي تشد به، وجنسها وقدرها، لما روى زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ «سئل عن اللقطة؟ فقال: اعرف عفاصها، ووكاءها(2)، وعرّفها سنة، فإن جاء من يعرفها، وإلاّ فاخلطها بمالك»(3)، فنص على العِفاص والوكاء، وقسنا عليهما

---

(1) حديث ابن مسعود سبق بيانه في البيوع ص ٣٨٠ هـ ٣.

(2) العفاص: جلد يلبسه رأس القارورة، وأما الذي يدخل في فيها فهو الصمام، وهو الوعاء تكون فيه النفقة إن كان جلداً أو خرقة أو غير ذلك، والوكاء: أصله من أوكيت إذا شددت، وفي الحديث «لا توكي فيوكي الله عليك» ومالاً له قدر: أي عظيم كبير درجة ومنزلة، قال الله تعالى: ﴿وما قدروا الله حق قدره﴾ [الأنعام: ٩١] أي ما عظموه حق عظمته. (النظم ١/ ٤٣٠).

(3) حديث خالد بن زيد رواه البخاري (٢/ ٨٥٥ كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل)، ومسلم (١٢/ ٢٠ أول كتاب اللقطة)، والبيهقي (٦/ ١٩٢).

الجنس والقدر، ولأنه إذا عرف هذه الأشياء لم تختلط بماله، وتعرف به صدق من يدعيها، وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط؟ فيه ثلاثة وجوه، أحدها: لا يجب؛ لأنه دخول في أمانة، فلم يجب الإشهاد عليه، كقبول الوديعة، والثاني: يجب، لما روى عِياضُ بن حِمار رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من التقط لقطة فليشهد ذا عدل، أو ذوي عدل، ولا يكتم ولا يغيب»[1]، ولأنه إذا لم يشهد لم يؤمن أن يموت، فتضيع اللقطة، أو يسترق اللقيط، والثالث: أنه لا يجب على اللقطة؛ لأنه اكتساب مال فلم يجب الإشهاد عليه كالبيع، ويجب على اللقيط؛ لأنه يحفظ به النسب، فوجب الإشهاد عليه كالنكاح[2].

وإن أخذها وأراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف؛ لأن التعريف للتملك، فإذا لم يرد التملك لم يجب التعريف، فإن أراد أن يتملكها نظرتَ: فإن كان مالاً له قدر يرجع من ضاع منه في طلبه، لزمه أن يعرفه سنة، لحديث عبد الله بن عمرو، وحديث زيد بن خالد[3]، وهل يجوز تعريفها سنة متفرقة؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز، ومتى قطع استأنف؛ لأنه إذا قطع لم يظهر أمرها، ولم يظهر طالبها، والثاني: يجوز؛ لأن اسم السنة يقع عليها، ولهذا لو نذر صوم سنة جاز أن يصوم سنة متفرقة[4].

---

(١) حديث عياض بن حمار جزء من حديث رواه أبو داود، وأوله: «من وجد...» (١/ ٣٩٧ كتاب اللقطة رقم ٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٧ كتاب اللقطة، باب اللقطة)، وأحمد (٤/ ١٦٢، ٢٦٦)، ورواه غيرهم (المجموع ١٤/ ٥٠٩).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ولا يجب الإشهاد على اللقطة في الأصح، لكن يستحب، قال النووي: «والمذهب أنه لا يجب الإشهاد على الالتقاط». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٧)، وانظر: الروضة ٥/ ٣٩١.

(٣) حديث عبد الله بن عمرو سبق في أول كتاب اللقطة ص ٦٣٣ هـ ٥. وحديث زيد بن خالد مر في هذا الفصل ص ٦٣٥ هـ ٣.

(٤) الوجه الثاني هو الراجح عند النووي، ويجوز أن يعرفها سنة متفرقة على الأصح، وإن كان الأصح عند الأصحاب أن السنة المتفرقة لا تكفي. (الروضة ٥/ ٤٠٨، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٣).

ويجب أن يكون التعريف في أوقات اجتماع الناس، كأوقات الصلوات وغيرها، وفي المواضع التي يجتمع الناس فيها كالأسواق وأبواب المساجد؛ لأن المقصود لا يحصل إلاّ بذلك.

ويكثر منه في الموضع الذي وجدها فيه؛ لأن من ضاع منه شيء يطلبه في الموضع الذي ضاع فيه، ولا يعرفها في المساجد، لما روى جابر قال: «سمع رسول الله ﷺ رجلاً ينشدُ ضالة[1] في المسجد، فقال له النبي ﷺ: لا وجدت»[2]، وذلك لأنه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات.

ويقول: من ضاع منه شيء، أو من ضاع منه دنانير، ولا يزيد عليها، حتى لا يضبطها رجل فيدعيها، فإن ذكر النوع والقدر والعفاص والوكاء، ففيه وجهان، أحدهما: لا يضمن؛ لأن بمجرد الصفة لا يجب الدفع، والثاني: يضمن؛ لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل، ثم يرافعه إلى من يوجب الدفع بالصفة[3].

فإن لم يوجد من يتطوع بالنداء كانت الأجرة على الملتقط؛ لأنه يتملك به، وإن كانت اللقطة مما لا يطلب كالتمرة واللقمة لم تعرف، لما روى أنس قال: «مر

(١) ينشد ضالته: أي يطلبها، ونشدت الضالة: طلبتها، وأنشدته: دللته عليها، وأصل النشيد رفع الصوت، ومنه نشيد السفر، وهو رفع الصوت به، وأما نشدتك الله: فمعناه سألتك الله. (النظم ١/ ٤٣٠).

(٢) حديث جابر رواه مسلم عن بريدة بلفظ «لا وجدت، إنما بنيت هذه المساجد لما بنيت له». (صحيح مسلم ٤/ ٥٤ كتاب المساجد، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد)، ورواه البيهقي (٦/ ١٩٦).
وروى مسلم عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا أداها الله إليك». (صحيح مسلم ٤/ ٥٤ كتاب المساجد، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد)، ورواه أبو داود (١/ ١١١ كتاب الصلاة، باب كراهية نشدان الضالة في المسجد)، وابن ماجه عن أبي هريرة بلفظ قريب. (١/ ٢٥٢ كتاب المساجد، باب النهي عن إنشاد الضوال في المسجد).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، فإن بالغ في الصفات فيضمن في الأصح. (الروضة ٥/ ٤٠٨).

رسول الله ﷺ على تمرة في الطريق مطروحة، فقال: لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها»(١)، وإن كان مما يطلب إلاَّ أنه قليل، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: يعرف القليل والكثير سنة، وهو ظاهر النص لعموم الأخبار(٢)، والثاني: لا يعرف الدينار، لما روي أن علياً كرّم الله وجهه وجد ديناراً فعرفه ثلاثاً، فقال له النبي ﷺ: «كله أو شأنك به»(٣)، والثالث: يعرف ما يقطع فيه السارق، ولا يعرف ما دونه، لأنه تافه ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها: «ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه»(٤).

فصل [كيفية التملك]:

فإن عرّفها فلم يجد صاحبها ففيه وجهان، أحدهما: تدخل في ملكه بالتعريف، لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها، وإلاَّ فهي لك»(٥)، ولأنه كسب مال بفعل، فلم يعتبر فيه اختيار التملك كالصيد، والثاني: أنه يملكه باختيار التملك، لما روي في حديث زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلاَّ فشأنك بها»(٦)، فجعله إلى اختياره، ولأنه تملك ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك،

---

(١) حديث أنس رواه البخاري (٢/ ٨٥٧ كتاب اللقطة، باب إذا وجد تمرة في الطريق)، ومسلم (٧/ ١٧٧ كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ).

(٢) هذا الوجه هو الأصح، ويعرف هذا القليل سنة كالكثير، وهو الأصح عند العراقيين، أما الحقير فلا يعرف سنة. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٤، الروضة ٥/ ٤١٠).

(٣) حديث علي رواه أبو داود (١/ ٣٩٨ كتاب اللقطة، الباب الأول).

(٤) حديث عائشة رواه بمعناه البخاري (٦/ ٢٤٩٢ كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة﴾)، ومسلم (١١/ ١٨٣ كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها). والتافه هو الحقير اليسير. (النظم ١/ ٤٣٠).

(٥) حديث عبد الله بن عمرو سبق بيانه في أول كتاب اللقطة ص ٦٣٣ هـ ٥.

(٦) حديث زيد بن خالد سبق بيانه في الفصل السابق ص ٦٣٥ هـ ٣، والشأن: الأمر والحال، ومعناه: أمرها إلى اختيارك ومرادك. (النظم ١/ ٤٣٠).

كالملك بالبيع[1]، وحكى فيه وجهان آخران، أن أحدهما: أنه يملك بمجرد النية، والثاني: يملكه بالتصرف، ولا وجه لواحد منهما، ولا فرق في ملكها بين الغني والفقير، لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها، وإلاً فشأنك بها»[2] ولم يفرق؛ لأنه ملك بعوض فاستوى فيه الغني والفقير كالملك في القرض والبيع[3].

فصل [حضور صاحبها]:

فإن حضر صاحبها قبل أن يملكها نظرتَ: فإن كانت العين باقية وجب ردها مع الزيادة المتصلة والمنفصلة؛ لأنها باقية على ملكه[4]، وإن كانت تالفة لم يلزم الملتقط ضمانها؛ لأنه يحفظ لصاحبها، فلم يلزم ضمانها من غير تفريط كالوديعة.

وإن حضر بعد ما ملكها، فإن كانت باقية وجب ردها، وإن كانت تالفة وجب عليه بدلها، وقال الكرابيسي: لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها؛ لأنه مال لا يعرف له مالك، فإذا ملكه لم يلزمه رده ولا ضمان بدله كالركاز، والمذهب: الأول، لما روى أبو سعيد الخدري «أن علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً فجاء صاحبه، فقال النبي ﷺ: أده، قال علي: قد أكلته، فقال النبي ﷺ إذا جاءنا شيء أديناه»[5]، ويخالف الركاز، فإنه مال لكافر لا حرمة له، وهذا مال مسلم، ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز، ويلزمه تعريف اللقطة.

فإن كانت العين باقية، فقال الملتقط: أنا أعطيك البدل، لم يجبر المالك على قبوله؛ لأنه يمكنه الرجوع إلى عين ماله، فلا يجبر على قبول البدل[6].

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، وأن اللقطة تملك بعد التعريف بالاختيار بلفظ، كقوله: تملكت، ونحوه، (الروضة ٥/ ٤١٢، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٥).
(٢) هذا الحديث سبق بيانه في الفصل السابق ص ٦٣٥ هـ٣.
(٣) انظر: الروضة ٥/ ٤١٢.
(٤) انظر: الروضة ٥/ ٤١٤.
(٥) حديث علي سبق بيانه صفحة ٦٣٨ هـ ٣.
(٦) انظر: الروضة ٥/ ٤١٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٥.

وإن حضر وقد باعها الملتقط، وبينهما خيار، ففيه وجهان، أحدهما: يفسخ البيع ويأخذ؛ لأنه يستحق العين، والعين باقية، والثاني: لا يجوز له أن يفسخ؛ لأن الفسخ حق للعاقد، فلا يجوز لغيره من غير إذنه[1].

وإن حضر وقد زادت العين، فإن كانت زيادة متصلة، رجع فيها مع الزيادة، وإن كانت زيادة منفصلة رجع فيها دون الزيادة؛ لأنه فسخ ملك، فاختلفت فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة، كالرد بالعيب[2].

فصل [دفع اللقطة بالوصف]:

وإن جاء من يدعيها، ووصفها، فإن غلب على ظنه أنها له جاز له أن يدفع إليه، ولا يلزمه الدفع؛ لأنه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة[3]، فإن دفع إليه بالوصف، ثم جاء غيره وأقام البينة أنها له قُضي بالبينة؛ لأنها حجة توجب الدفع، فقدمت على الوصف، فإن كانت باقية ردت على صاحب البينة، وإن كانت تالفة فله أن يضمن الملتقط؛ لأنه دفع ماله بغير حق، وله أن يضمن الآخذ؛ لأنه أخذ ماله بغير حق، فإن ضمن الآخذ لم يرجع على الملتقط؛ لأنه إن كان مستحقاً عليه فقد دفع ما وجب عليه، فلم يرجع، وإن كان مظلوماً لم يجز أن يرجع على غير من ظلمه، وإن ضمن الملتقط نظرتَ: فإن كان قد أقر للآخذ بالملك، بأن قال: هي لك لم يرجع عليه؛ لأنه اعترف أنه أخذ ماله، وأن صاحب البينة ظلمه فلا يرجع على من لم يظلمه، وإن لم يقر له، ولكنه قال: يغلب على ظني أنها لك، فله الرجوع؛ لأنه بان أنه لم يكن له، وقد تلف في يده، فاستقر الضمان عليه[4].

---

(١) ذكر النووي الوجهين، ولم يرجح، ولكنه ذكر وجهة المنع فقط، فقال: «بأن الفسخ حق للعاقد فلا يتمكن منه غيره بغير إذنه». (الروضة ٥/ ٤١٥، ولعل ذلك إشارة إلى الترجيح).

(٢) تسلم الزيادة للملتقط، ويرد الأصل. (الروضة ٥/ ٤١٥).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٦.

(٤) انظر أحكام هذا الفصل في (الروضة ٥/ ٤١٣، المجموع ١٤/ ٥٢٠، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٦، ٤١٧).

فصل [اللقطة البرية والبلد]:

وإن وجد ضالة[1]، لم يخل إما أن تكون في برية أو بلد، فإن كانت في برية نظرتَ: فإن كانت مما يمتنع على صغار السباع بقوته، كالإبل، والبقر، والخيل، والبغال، والحمير، أو ببعد أثره لسرعته، كالظباء، والأرانب، أو بجناحه كالحمام، والدراج لم يجز التقاطه للتملك، لما روى زيد بن خالد الجهني قال: «سُئل رسول الله ﷺ عن ضالة الإبل، فغضب، واحمرت عيناه، وقال: ما لك ولها؟ معها الحذاء والسقاء، تأكل من الشجر، وترد الماء حتى يأتي ربها»، وسئل عن ضالة الغنم، فقال: «خذها هي لك، أو لأخيك، أو للذئب»[2].

وهل يجوز أخذها للحفظ؟ ينظر فيه، فإن كان الواجد هو السلطان جاز؛ لأن للسلطان ولاية في حفظ أموال المسلمين، ولهذا رُوي أنه كان لعمر حظيرة يجمع فيها الضوال، فإن كان له حمى تركها في الحمى، وأشهد عليها، ويَسِمُها بسمة الضوال[3]، لتتميز عن غيرها من الأموال، وإن لم يكن له حمى، فإن كان يطمع في مجيء صاحبها، بأن يعرف أنها من نعم قوم يعرفهم، حفظها اليومين والثلاثة، وإن لم يعرف، أوعرف ولم يجيء صاحبها، باعها وحفظ ثمنها؛ لأنه إذا تركها احتاجت إلى نفقة وفي ذلك إضرار[4]. وإن كان الواجد لها من الرعية ففيه

---

(١) ضل الشيء: إذا ضاع وهلك، والضالة: البهيمة، سميت بذلك لأنها تهلك، ومنه قوله تعالى: ﴿أئذا ضللنا في الأرض﴾ [السجدة: ١٠]، أي هلكنا وذهبنا، ولا تقع الضالة إلَّا على الحيوان. (النظم ١/ ٤٣١).

(٢) حديث زيد أخرجه البخاري (٢/ ٨٥٣ كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل)، ومسلم (١٢/ ٢١ أول كتاب اللقطة).

ومعنى الحديث: هي لك إن أخذتها، ولأخيك إن تركتها، أو للذئب إذا تركتماها، فيأخذها الذئب. (النظم ١/ ٤٣١).

(٣) السمة: العلامة، وأصلها الوسم بالنار، أو أراد سمة مصدر وسم بالنار وسم سمة، وهو أولى. (النظم ١/ ٤٣١).

(٤) انظر: الروضة ٥/ ٤٠٤.

وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه يأخذها للحفظ على صاحبها، فجاز كالسلطان، والثاني: لا يجوز؛ لأنه لا ولاية له على صاحبها بخلاف السلطان[1].

فإن أخذها للتملك أو للحفظ، وقلنا: إنه لا يجوز، ضمنها؛ لأنه تعدى بأخذها فضمنها كالغاصب، وإن دفعها إلى السلطان ففيه وجهان، أحدهما: لا يبرأ من الضمان، لأنه لا ولاية للسلطان على رشيد، والثاني: يبرأ وهو المذهب؛ لأن للسلطان ولاية على الغائب في حفظ ما يخاف عليه من ماله. ولهذا لو وجدها السلطان جاز له أخذها للحفظ على مالكها، فإذا أخذها غيره وسلمها إليه برىء من الضمان.

وإن كان مما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم، وصغار الإبل، والبقر، أخذها، لحديث زيد بن خالد الجهني أن رسول الله ﷺ قال في ضالة الغنم: «خذها هي لك، أو لأخيك، أو للذئب»[2]، ولأنه إذا تركها أخذها غيره، أو أكلها الذئب، فكان أخذها أحوط لصاحبها. وإذا أخذها فهو بالخيار بين أن يمسكها، ويتطوع بالإنفاق عليها، ويعرفها حولاً، ثم يملكها، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها، ويعرفها ثم يملك الثمن، وبين أن يأكلها ويغرم بدلها ويعرفها؛ لأنه إذا لم يفعل ذلك احتاج إلى نفقة دائمة، وفي ذلك إضرار بصاحبها، والإمساك أولى من البيع والأكل؛ لأنه يحفظ العين على صاحبها، ويجري فيها على سنة الالتقاط[3] في التعريف والتملك، والبيع أولى من الأكل؛ لأنه إذا أكل استباحها قبل الحول، وإذا باع لم يملك الثمن إلاَّ بعد الحول، فكان البيع أشبه بأحكام اللقطة[4].

فإن أراد البيع ولم يقدر على الحاكم، باعها بنفسه؛ لأنه موضع ضرورة،

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ويجوز لأحد الرعية أخذ اللقطة التي تمتنع للحفظ، وهو المنصوص، لئلا يأخذها خائن فتضيع. (الروضة ٥/ ٤٠٢).

(٢) حديث زيد سبق بيانه قبل قليل ص ٦٤١ هـ ٢.

(٣) السنة: الطريق، وكذلك السنن، أي على طريق الالتقاط والعادة المسلوكة فيه. (النظم ١/ ٤٣٢).

(٤) انظر: الروضة ٥/ ٤٠٣.

وإن قدر على الحاكم ففيه وجهان، أحدهما: لا يبيع إلاَّ بإذنه؛ لأن الحاكم له ولاية ولا ولاية للملتقط، والثاني: يبيع من غير إذنه؛ لأنه قد قام مقام المالك، فقام مقامه في البيع[١].

وإن أكل فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يلزمه؛ لأن كل حالة جاز أن يستبيح أكل اللقطة لم يلزم عزل البدل كما بعد الحول، ولأنه إذا لم يعزل كان البدل قرضاً في ذمته، وإذا عزله كان أمانة، والقرض أحوط من الأمانة، والثاني: يلزمه عزل البدل؛ لأنه أشبه بأحكام اللقطة، فإن من حكم اللقطة أن تكون أمانة قبل الحول، وقرضاً بعد الحول، فيصير البدل كاللقطة إن شاء حفظها له، وإن شاء عرفها، ثم تملك[٢].

وإن أفلس الملتقط كان صاحبها أحق بها من سائر الغرماء.

وإن وجد ذلك في بلد، فقد روى المزني أن الصغار والكبار في البلد لقطة، فمن أصحابنا من قال: المذهب ما رواه المزني؛ لأن النبي ﷺ إنما فرق بين الصغار والكبار في البرية؛ لأن الكبار لا يخاف عليها؛ لأنها ترد الماء وترعى الشجر، وتتحفظ بنفسها، والصغار يُخاف عليها؛ لأنها لا ترد الماء والشجر فتهلك، وأما في البلد فالكبار كالصغار في الخوف عليها، فكان الجميع لقطة.

ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر أن البلد كالبرية، فالصغار فيه لقطة، والكبار ليست بلقطة[٣]، لعموم الخبر، فإن قلنا: إن البلد كالبرية، فالحكم فيه على ما ذكرناه إلاَّ في الأكل فله أن يأكل الصغار في البرية[٤]، وليس له أكلها في

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، فلا يبيع الملتقط إلاَّ بإذن الحاكم، ويجب استئذانه في الأصح. (الروضة ٥/ ٤٠٤).

(٢) يبدو ترجيح الوجه الأول، وأنه لا يجب على الملتقط الذي أكل اللقطة أن يعزل البدل.

(٣) القول الثاني هو الراجح، وأن البلد كالبرية. (الروضة ٥/ ٤٠٣).

(٤) البرية: الصحراء، والجمع البراري (النظم ١/ ٤٣٢).

البلد؛ لأن في البرية إذا لم يأكل الصغار هلكت؛ لأنه لا يمكن بيعها، وفي البلد يمكن بيعها فلم يجز الأكل، وإن قلنا: إن الجميع في البلد لقطة، فالحكم في الكبار كالحكم في الصغار في البرية إلاَّ في الأكل، فإنه لا يأكل في البلد ويأكل الصغار في البرية لما ذكرناه[1].

فصل [التقاط العبد الصغير]:

وإن وجد عبداً صغيراً لا تمييز له جاز له أن يلتقطه؛ لأنه كالغنم يعرفه حولاً، ثم يملكه، وإن وجد جارية صغيرة لا تمييز لها، فإن كان لا يحل له وطؤها جاز له أن يلتقطها للتملك، كما يجوز أن يقترضها، وإن كانت تحل له لم يجز أن يلتقطها للتملك، كما لا يجوز أن يقترضها.

فصل [التقاط كلب صيد]:

وإن وجد كلب صيد لم يجز أن ينتفع به قبل الحول؛ فإن عرفه حولاً ولم يجد صاحبه جاز له أن ينتفع به؛ لأن الانتفاع بالكلب كالتصرف في المال، والتصرف في المال يقف على التعريف في الحول، فكذلك الانتفاع بالكلب.

فصل [التقاط مما لا يبقى]:

وإن وجد ما لا يبقى كالشواء، والطبيخ، والخيار، والبطيخ، فهو بالخيار بين أن يأكله ويغرم البدل، وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن، على ما ذكرناه في الغنم في بيعه، وحفظ ثمنه، وأكله، وعزل بدله.

وخرج المزني فيه قولاً آخر: أنه يلزمه البيع، ولا يجوز الأكل، والمذهب الأول؛ لأنه معرض للهلاك فخير فيه بين البيع والأكل كالغنم[2].

---

(١) الأكل فيه قولان، الأول: الجواز كالمفازة، والثاني: المنع، وهو الأظهر عند الأكثرين، لأن البيع في العمران أسهل. (الروضة ٥/ ٤٠٣).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٤١١.

وإن وجد ما لا يبقى، ولكن يمكن التوصل إلى حفظه، كالرطب، والعنب، فإن كان الأنفع لصاحبه أن يباع بيع، وإن كان الأنفع أن يجفف جفف، وإن احتاج إلى مؤنة في تجفيفه ولم يوجد من يتطوع ببيع بعضه، وأنفق عليه[١].

فصل [وجود خمر]:

وإن وجد خمراً أراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها؛ لأن إراقتها مستحقة، فلم يجز التعريف، فإن صارت عنده خلاً، ففيه وجهان، أحدهما: أنها لمن أراقها؛ لأنها عادت إلى الملك السابق، والملك السابق للذي أراق فعاد إليه، كما لو غصبه من رجل فصار في يده خلاً، والثاني: أنه للملتقط؛ لأن الأول أسقط حقه منها، فصارت في يد الثاني، ويخالف المغصوبة؛ لأنها أخذت بغير رضاه، فوجب ردها إليه[٢].

فصل [العبد يأخذ لقطة]:

فأما العبد إذا وجد لقطة ففيه قولان، أحدهما: له أن يلتقط؛ لأنه كسب بفعل فجاز للعبد كالاصطياد، والثاني: لا يجوز؛ لأن الالتقاط يقتضي ولاية قبل الحول، وضماناً بعد الحول، والعبد ليس من أهل الولاية، ولا له ذمة يُستوفى منها الحق إلى أن يعتق ويوسر[٣].

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١١، الروضة ٥/ ٤١٢.

(٢) نقل النووي هذا الفصل عن «المهذب»، ثم عقب عليه بقوله: «وهذا الذي ذكره تصويراً وتوجيهاً، إنما يستمر في الخمر المحترمة، وحينئذ لا تكون إراقتها مستحقة، أما في الابتداء فظاهر، وأما عند الواجد فينبغي أن يجوز إمساكها إذا خلا عن قصد فاسد، ثم يشبه أن يكون ما ذكره مخصوصاً بما إذا أراقها، لأنه معرض، أما إذا ضاعت المحترمة من صاحبها فلتعرّف كالكلب». (الروضة ٥/ ٤١٦)، ثم قال النووي: «فقول صاحب «المهذب»: الإراقة واجبة ـ يعني على الواجد ـ كلام صحيح، لأن الظاهر عدم احترامها». (الروضة ٥/ ٤١٧).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، فالأظهر بطلان التقاط العبد، ولا يعتد بتعريفه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٨، الروضة ٥/ ٣٩٣).

فإن قلنا: إنه يجوز أن يلتقط، فالتقط، فهلك في يده من غير تفريط لم يضمن، وإن هلك بتفريط ضمنها في رقبته، فتباع فيها[(١)]. وإن عرفها صح تعريفه، ولا يملك به؛ لأنه في أحد القولين لا يملك المال، وفي الثاني: يملك إذا ملكه السيد، وههنا لم يملكه السيد، فإن قلنا: إن الملتقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك، دخل في ملك السيد، كما يدخل في ملكه ما التقطه، وعرفه، وإن قلنا: لا يملك إلاّ باختيار التملك وقف على اختياره[(٢)].

فإن تملكها العبد وتصرف فيها، ففيه وجهان، أحدهما: يضمنها في ذمته، ويتبع بها إذا عتق، كما لو اقترض شيئاً، والثاني: يضمنها في رقبته؛ لأنه مال لزمه بغير رضا من له الحق، فتعلق برقبته كأرش الجناية[(٣)].

وإن علم السيد نظرتَ: فإن لم يكن عرفها العبد عرفها السيد حولاً، ثم تملك، وإن عرفها العبد تملكها السيد في الحال؛ لأن تعريف العبد كتعريفه، فإن عرفها العبد بعض الحول عرفها السيد ما بقي، ثم تملك.

وإن أقرها في يد العبد نظرتَ: فإن كان العبد أميناً لم يضمن كما لا يضمن ما التقطه بنفسه، وسلمه إلى عبده، وإن كان خائناً ضمنها، كما لو التقطها بنفسه وسلمها إليه وهو خائن. وإن قلنا: إنه لا يجوز أن يلتقط، فالتقط، ضمنها في رقبته؛ لأنه أخذ مال غيره بغير حق، فأشبه إذا غصبه، وإن عرفها لم يصح تعريفه؛ لأنها ليست في يده بحكم اللقطة، فإن علم السيد نظرتَ: فإن أخذها صارت في يده أمانة، لأنه أخذ ما يجوز له أخذه بحكم الالتقاط، فصار كما لو وجد لقطة فالتقطها، ويبرأ العبد من الضمان؛ لأنه دفعها إلى من يجوز الدفع إليه فبرىء من الضمان، كما لو دفعها إلى الحاكم.

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٨، الروضة ٥/ ٣٩٣.

(٢) سبق البيان أن الراجح أن التملك يكون بالاختيار واللفظ ص ٦٣٩ هـ ١.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ويضمنها العبد في رقبته. (الروضة ٥/ ٣٩٣).

وإن أراد أن يتملك ابتدأ التعريف ثم تملك، فإن أقرها في يد العبد ليعرفها، فإن كان أميناً لم يضمن، كما لو استعان به في تعريف ما التقطه بنفسه، وإن لم يأخذها، ولا أقرها في يده ولكنه أهملها، فقد روى المزني: أنه يضمنها في رقبة العبد، وروى الربيع أنه يضمنها في ذمته ورقبة العبد، فمن أصحابنا من قال: الصحيح ما رواه المزني أنه يختص برقبته؛ لأن الذي أخذ هو العبد فاختص الضمان برقبته، فعلى هذا إن تلف العبد سقط الضمان، وقال أبو إسحاق: الصحيح ما رواه الربيع، وأنه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد، لأن العبد تعدى بالأخذ، والسيد تعدى بالترك، فاشتركا في الضمان، فعلى هذا إن تلف العبد لم يسقط الضمان[1].

وإن التقط العبد لقطة، ولم يعلم السيد بها حتى أعتقه، فعلى القولين، إن قلنا: إنه يجوز للعبد أن يلتقط كان للسيد أن يأخذها منه، لأنه كسب له حصل له في حال الرق، فكان للسيد كسائر أكسابه، وإن قلنا: لا يجوز له أن يلتقط لم يكن للسيد أن يأخذها منه؛ لأنه لم يثبت للعبد عليه يد الالتقاط، فعلى هذا يكون العبد أحق بها؛ لأنها في يده وهو من أهل الالتقاط[2] ويحتمل أن لا يكون أحق بها؛ لأن يده يد ضمان، فلا تصير يد أمانة.

فصل [التقاط المكاتب]:

وإن وجد المكاتب لقطة، فالمنصوص أنه كالحر، واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: إنه كالحر قولاً واحداً؛ لأنه يملك التصرف في المال، وله ذمة يستوفي منها الحق، فهو كالحر، ومنهم من قال: هو كالعبد؛ لأنه ناقص بالرق

(١) في المسألة أربعة طرق، أصحها وقول الأكثرين أن المسألة على قولين، أظهرهما تعلقه بالعبد وسائر أموال السيد، حتى لو هلك العبد لا يسقط الضمان. (الروضة ٥/ ٣٩٥).

(٢) لا تناقض بين هذا الكلام بأن جعل المصنف العبد من أهل الالتقاط (أي في الجملة، وعلى القول المرجوح)، وإن كان الراجح أن العبد ليس من أهل الالتقاط.

كالعبد، فيكون في التقاطه قولان[1].

فإن قلنا: إنه كالحر، أو قلنا: إنه كالعبد، وجوّزنا التقاطه، صح تعريفه، فإذا عرفها ملكها، لأنه من أهل الملك، وإذا قلنا: إنه كالعبد ولم نجوّز التقاطه، صار ضامناً؛ لأنه تعدى بالأخذ ويجب أن يسلمها إلى السلطان؛ لأنه لا يمكن إقرارها في يده، لأنها في يده بغير حق، ولا يمكن تسليمها إلى السيد؛ لأنه لا حق له في أكسابه، فوجب تسليمها إلى السلطان، فإن أخذها السلطان برىء المكاتب من الضمان، فتكون في يد السلطان أبداً إلى أن يجد صاحبها.

فـصـل [التقاط من نصفه حر]:

وإن وجد اللقطة من نصفه حر، ونصفه عبد، فالمنصوص أنه كالحر، فمن أصحابنا من قال: هو كالحر قولاً واحداً؛ لأنه تملك ملكاً تاماً وله ذمة صحيحة، فهو كالحر، ومنهم من قال: هو كالعبد القن[2]، لما فيه من نقص الرق، فيكون على قولين[3].

فإذا قلنا: إنه كالحر نظرتَ: فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة كانا شريكين فيها كسائر أكسابه، وإن كان بينهما مهايأة فإن قلنا: إن الكسب النادر[4] لا يدخل في المهايأة كانت اللقطة بينهما؛ لأنه بمنزلة ما لم يكن بينهما مهايأة، وإن قلنا: إن الكسب النادر يدخل في المهايأة كانت اللقطة لمن وجدها في يومه[5].

---

(١) قال النووي: «قلت: المذهب صحة التقاط المكاتب كتابة صحيحة». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٨)، وانظر: الروضة ٥/ ٣٩٣.

(٢) العبد القن: خالص العبودية، احترز به عن المكاتب وأم الولد. (النظم ١/ ٤٣٣).

(٣) قال النووي: «قلت: المذهب صحة التقاطه... ومن بعضه حر، وهي له ولسيده». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٩)، وانظر: الروضة ٥/ ٣٩٩.

(٤) النادر: هو الشاذ الذي لا يكاد يحصل في العادة، يقال: ندر الشيء إذا سقط وشذَّ، ومنه النوادر. (النظم ١/ ٤٣٣).

(٥) انظر: تفصيل ذلك في (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٩، الروضة ٥/ ٣٩٩).

فـصـل [التقاط المحجور عليه]:

وإن وجد المحجور عليه لسفه، أو جنون، أو صغر، لقطة صح التقاطه؛ لأنه كسب بفعل فصح من المحجور عليه كالاصطياد[١]، وعلى الناظر في أمره أن ينتزعها منه، ويعرفها؛ لأن اللقطة في مدة التعريف أمانة، والمحجور عليه ليس من أهل الأمانة[٢]، فإن كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له، وإن كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه لم يتملك له؛ لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض في ضمان البدل.

فـصـل [التقاط الفاسق]:

وإن وجد الفاسق لقطة لم يأخذها؛ لأنه لا يؤمن أن لا يؤدي الأمانة فيها[٣]، فإن التقطها ففيه قولان، أحدهما: لا تقر في يده، وهو الصحيح؛ لأن الملتقط قبل الحول كالولي في حق الصغير، والفاسق ليس من أهل الولاية في المال، والثاني: تقر في يده؛ لأنه كسب بفعل فأقر يده كالصيد[٤]، فعلى هذا يضم إليه من يشرف عليه. وهل يجوز أن ينفرد بالتعريف؟ فيه قولان، أحدهما: يجوز؛ لأن التعريف لا يفتقر إلى الأمانة، والثاني: لا يجوز حتى يكون معه من يشرف عليه[٥]، لأنه لا يؤمن أن يفرط في التعريف[٦]، فإذا عرفه ملكه لأنه من أهل التملك.

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/٤٠٧، الروضة ٥/٤٠٠.

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/٤٠٨، الروضة ٥/٤٠١.

(٣) قال النووي: «ويكره لفاسق.. وأنه يصح التقاط الفاسق». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٤٠٧).

(٤) القول الأول هو الراجح، وتنزع اللقطة من الفاسق، وتوضع عند عدل في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٤٠٧).

(٥) يشرف عليه: أي يطلع عليه، مأخوذ من الشرف، وهو المكان العالي، كأنه ينظر إليه من فوقه. (النظم ١/٤٣٤).

(٦) القول الثاني هو الراجح، ولا يعتمد تعريف الفاسق، بل يضم إليه رقيب. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٤٠٧).

فـصـل [التقاط الكافر]:

وإن التقط كافر لقطة في دار الإسلام، ففيه وجهان، أحدهما: يملك بالتعريف؛ لأنه كسب بالفعل، فاستوى فيه الكافر والمسلم كالصيد، والثاني: لا يملك؛ لأن تصرفه بالحفظ والتعريف بالولاية، والكافر لا ولاية له على المسلم[١].

● ● ●

(١) الوجه الأول هو الراجح، ويمكّن الذمي من الالتقاط في دار الإسلام على الأصح، وقيل قطعاً. (الروضة (٥/ ٣٩٢).

كتاب اللقيط

التقاط المنبوذ[1] فرض على الكفاية، لقوله تعالى: ﴿وتعاوَنُوا عَلَى البرِّ والتَّقْوى﴾ [المائدة: ٢]، ولأنه تخليص آدمي له حرمة من الهلاك، فكان فرضاً، كبذل الطعام للمضطر[2].

فصل [حرية اللقيط]:

وإن وجد لقيط مجهول الحال حكم بحريته، لما روى سنين أبو جميلة[3] قال: «أخذت منبوذاً على عهد عمر رضي الله عنه، فذكره عريفي[4] لعمر رضي الله

---

(١) المنبوذ: الطفل المطروح المرمى به، نبذت الشيء رميته، ومنه قوله تعالى: ﴿فنبذوه وراء ظهورهم﴾ [آل عمران: ١٨٧]، ومنه سمي النبيذ، لأنه يطرح في الماء، واللقيط: فعيل بمعنى مفعول، وهو الملقوط، ويطلق على الطفل المنبوذ. (النظم ١/ ٤٣٤، المجموع ١٤/ ٥٣٧).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٨، الروضة ٥/ ٤١٨.

(٣) سنين أبو جميلة: سنين بنونين، ومن قال: سني، فقد أخطأ، حج مع النبي ﷺ حجة الوداع، وروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وروى عنه الزهري، وهو سنين بن فرقد. (النظم ١/ ٤٣٤).

(٤) العريف: رجل يكون رئيساً على نفر، يعرف أمورهم، ويجمعهم عند الغزو، وهو فعيل من المعرفة. (النظم ١/ ٤٣٤، المجموع ١٤/ ٥٣٧).

عنه، فأرسل إليّ فدعاني، والعريف عنده، فلما رآني قال: عسى الغوير أبؤساً[١]، فقال عريفي: إنه لا يتهم، فقال عمر: ما حملك على ما صنعت؟ قلت: وجدت نفساً بمضيعة[٢]، فأحببت أن يأجرني الله تعالى فيه، فقال: هو حر، وولاؤه لك[٣]، وعلينا رضاعه»[٤]، ولأن الأصل في الناس الحرية، فإن كان عليه ثياب، أو حلي، أو تحته فراش، أو في يده دراهم، أو عنان فرس، أو كان في دار ليس فيها غيره، فهي له لأنه حر فكان ما في يده له كالبالغ.

وإن كان على بعد منه مال مطروح، أو فرس مربوط، لم يكن له، لأنه لا يد له عليه، وإن كان بالقرب منه، وليس هناك غيره، ففيه وجهان، أحدهما: ليس له؛ لأنه لا يد له عليه، والثاني: له، لأن الإنسان قد يترك ماله بقربه، فإذا لم يكن هناك غيره فالظاهر أنه له[٥].

وإن كان تحته مال مدفون لم يكن له؛ لأن البالغ لو جلس على الأرض وتحته دفين لم يكن له ذلك، فكذلك اللقيط.

---

(١) الغوير: ماء لبني كلب، وهذا مثل، أول من تكلم به الزباء ملكة تدمر، حين رأت الإبل عليها الصناديق، فاستنكرت شأن قصير، إذ أخذ على غير الطريق، أرادت عسى أن يأتي ذلك الطريق بشر، ومراد عمر رضي الله عنه اتهام الرجل أن يكون أبا المنبوذ حتى أثنى عليه عريفه خيراً.
والأبؤس: جمع بأس، وانتصب بعسى على أنه خبره على ما عليه أصل القياس، وقال الأصمعي: أصله أنه كان غار فيه ناس، فانهار عليهم، أو أتاهم فيه عدد فقتلهم، فصار مثلاً لكل شيء يخاف أن يأتي منه شر. (النظم ١/ ٤٣٤، المجموع ١٤/ ٥٣٧).

(٢) مضيعة: على وزن معيشة أي مهلكة، من ضاع الشيء إذا هلك. (النظم ١/ ٤٣٤).

(٣) جعله مولاه كأنه أعتقه إذا التقطه فأنقذه من الموت، أو أن يلتقط غيره فيدعي رقبته، وقيل: أمر تربيته، وليس ولاء العتق. (النظم ١/ ٤٣٤).

(٤) أثر عمر رواه سعيد بن منصور عن سفيان عن الزهري سمع سنيناً أبا جميلة بهذا. (المجموع ١٤/ ٥٣٧).

(٥) الوجه الأول هو الراجح، فما وجد بقربه لا يجعل له كما لو كانت بعيدة. (الروضة ٥/ ٤٢٤).

فـصـل [ديانة اللقيط]:

وإن وجد في بلد من بلاد المسلمين، وفيه مسلم، فهو مسلم؛ لأنه اجتمع له حكم الدار وإسلام من فيها، وإن كان في بلد الكفار، ولا مسلم فيه، فهو كافر، لأن الظاهر أنه ولد بين كافرين[1]، وإن كان فيه مسلم، ففيه وجهان، أحدهما: أنه كافر تغليباً لحكم الدار، والثاني: أنه مسلم تغليباً لإسلام المسلم الذي فيه[2]، وإن التقطه حر مسلم أمين مقيم موسر أقر في يده، لما ذكرناه من حديث عمر رضي الله عنه[3]، ولأنه لا بد من أن يكون في يد من يكفله[4]، فكان الملتقط أحق به لحق السبق.

فـصـل [نفقة اللقيط]:

فإن كان له مال كانت نفقته في ماله كالبالغ، ولا يجوز للملتقط أن ينفق عليه من ماله بغير إذن الحاكم، فإن أنفق عليه من غير إذنه ضمنه[5]؛ لأنه لا ولاية له عليه إلاَّ في الكفالة، فلم يملك الإنفاق بنفسه كالأم.

وإن فوض إليه الحاكم أن ينفق عليه مما وجده معه، فقد قال في «كتاب اللقيط»: يجوز، وقال في «كتاب اللقطة»: إذا أنفق الواحد على الضالة ليرجع به لم يجز حتى يدفع إلى الحاكم، ثم يدفع الحاكم إليه ما ينفق عليه، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، وجعلهما على قولين، أحدهما: لا يجوز، لأنه لا يلي بنفسه، فلم يجز أن يكون وكيلاً لغيره في القبض له

---

(١) انظر: الروضة ٤/ ٤٣٣، ٤٣٤.

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ويكون اللقيط مسلماً تغليباً للإسلام. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٢٢، الروضة ٥/ ٤٣٤).

(٣) حديث عمر رضي الله عنه مر في الفصل السابق ص ٦٥٢ هـ ٤.

(٤) يكفله: أي يعوله ويربيه، ومنه قوله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧]، وقوله: ﴿هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه﴾ [القصص: ١٢]. (النظم ١/ ٤٣٥).

(٥) انظر: الروضة ٥/ ٤٢٧.

من نفسه، كما لو كان عليه دين، ففوض إليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه، والثاني: يجوز؛ لأنه جعل أميناً على الطفل، فجاز أن ينفق عليه مما له في يده كالوصي[1]، ومنهم من قال: يجوز في اللقيط، ولا يجوز في الضالة، لأن اللقيط لا وليَّ له في الظاهر، فجاز أن يجعل الواحد وليّاً له، والضالة لها مالك، وهو ولي عليها، فلا يجوز أن يجعل الواحد ولياً عليها.

وإن لم يكن حاكم فأنفق من غير إشهاد ضمن، وإن أشهد ففيه قولان، أحدهما: يضمن؛ لأنه لا ولاية له فضمن، كما لو كان الحاكم موجوداً، والثاني: لا يضمن؛ لأنه موضع ضرورة[2].

وإن لم يكن له مال وجب على السلطان القيام بنفقته، لأنه آدمي له حرمة يخشى هلاكه، فوجب على السلطان القيام بحفظه كالفقير الذي لا كسب له، ومن أين تجب النفقة؟ فيه قولان، أحدهما: من بيت المال، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط، فقالوا: من بيت المال، ولأن من لزم حفظه بالإنفاق ولم يكن له مال وجبت نفقته من بيت المال، كالفقير الذي لا كسب له، فعلى هذا لا يرجع على أحد بما أنفق عليه، والقول الثاني: لا يجب من بيت المال، لأن مال بيت المال لا يصرف إلاَّ فيما لا وجه له غيره، واللقيط يجوز أن يكون عبداً فنفقته على مولاه، أو حراً له مال، أو فقيراً له من نلزمه نفقته، فلم يلزم من بيت المال، فعلى هذا يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق عليه من بيت المال، أو من رجل من المسلمين[3].

---

(١) المسألة على قولين، قال النووي: «فالأكثرون طردوا الطريقتين في جوازه، والأحسن ما أشار إليه ابن الصباغ، وهو القطع بالجواز». (الروضة ٥/٤٢٨).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يضمن على الصحيح إن أشهد. (الروضة ٥/٤٢٨، مغني المحتاج ٢/٤٢١، ٤٢٢).

(٣) القول الأول هو الراجح، والأظهر أن الإمام ينفق عليه من بيت المال من سهم المصالح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٤٢١، الروضة ٥/٤٢٥).

فإن لم يكن في بيت المال، ولا وجد من يقرضه، جمع الإمام من له مكنة[١] وعد نفسه فيهم، وقسط عليهم نفقته، فإن بان أنه عبد رجع على مولاه، وإن بان أن له أبا موسراً رجع عليه بما اقترض له، فإن لم يكن له أحد وله كسب رجع في كسبه، وإن لم يكن له كسب، قضي من سهم من ثري من المساكين أو الغارمين[٢].

فصل [التقاط العبد]:

وأما إذا التقطه عبد، فإن كان بإذن السيد وهو من أهل الالتقاط، جاز؛ لأن الملتقط هو السيد، والعبد نائب عنه، وإن كان بغير إذنه لم يقر في يده؛ لأنه لا يقدر على حضانته[٣] مع خدمة السيد، وإن علم به السيد وأقره في يده كان ذلك التقاطاً من السيد، والعبد نائب عنه[٤].

فصل [التقاط الكافر]:

وإن التقطه كافر نظرت، فإن كان اللقيط محكوماً بإسلامه لم يقر في يده؛ لأن الكفالة ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه، وإن كان محكوماً بكفره، أقر في يده؛ لأنه على دينه[٥].

وإن التقطه فاسق لم يقر في يده لأنه لا يؤمن أن يسترقه، وأن يسيء في تربيته، ولأن الكفالة ولاية، والفاسق ليس من أهل الولاية[٦].

---

(١) له مكنة: أي غنى ومال. (النظم ١/ ٤٣٥).
(٢) انظر: الروضة ٥/ ٤١٩، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٢١.
(٣) حضانته: أي حمله ووضعه وغسل خرقه، والقيام بأمره، وأصله من الحضن، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، لأن الحاضنة تجعل الطفل هنالك. (النظم ١/ ٤٣٥).
(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٨، الروضة ٥/ ٤١٩.
(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٨، ٤٢٢، الروضة ٥/ ٤١٩.
(٦) انظر: المرجعين السابقين.

فصل [التقاط الظاعن]:

وإن التقطه ظاعن[١] يريد أن يسافر به نظرت فإن لم تختبر أمانته في الباطن لم يقر في يده؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه إذا غاب، وإن اختبرت أمانته في الباطن، فإن كان اللقيط في الحضر والملتقط من أهل البدو، ويريد أن يخرج به إلى البدو، منع منه؛ لأنه ينقله من العيش في الرخاء إلى العيش في الشقاء، ومن طيب المنشأ[٢] إلى موضع الجفاء[٣]، وفي الخبر «من بدا فقد جفا»[٤].

وإن أراد أن يخرج به إلى بلد آخر، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز، وهو ظاهر النص؛ لأن البلد كالبلد[٥]، والثاني: لا يجوز؛ لأن البلد الذي وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه.

وإن كان الملتقط في بدو، فإن كان الملتقط من أهل الحضر، وأراد أن يخرج به إلى الحضر جاز؛ لأن الحضر أرفق به وأنفع له، وإن كان من البادية فإن

---

(١) ظاعن: أي مسافر، والظعن: السفر، قال تعالى: ﴿يوم ظعنكم ويوم إقامتكم﴾ [النحل: ٨٠]، يقرأ بإسكان العين وفتحها. (النظم ١/ ٤٣٥).

(٢) المنشأ: بالهمز مقصور، وهو موضع النشوء، وزمان الحداثة والصغر، يقال: نشأت في بني فلان نَشْئاً أو نشوءاً إذا شببت فيهم، مأخوذ من أنشأه الله أي ابتدأ خلقه، قال تعالى: ﴿أو من ينشأ في الحلية﴾ [الزخرف: ١٨]، (النظم ١/ ٤٣٦).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ٤٢٢.

(٤) هذا الخبر رواه أحمد عن البراء بن عازب مرفوعاً بلفظ «من بدا جفا» (٤/ ٢٩٧)، ورواه أحمد عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: «من بدا جفا، ومن تبع الصيد غفل» (٢/ ٣٧١، ٤٤٠)، ورواه الطبراني في الكبير عن عبد الله بن مسعود، وإسناد أحمد صحيح، وفي إسناد الطبراني نظر. (المجموع ١٤/ ٥٤٥).

ومعنى الحديث أن من نزل البادية صار فيه جفاء الأعراب، والجفاء ممدود ضد البر، يقال: جفوت الرجل أجفوه فهو مجفو، ولا يقال: جفيت. (النظم ١/ ٤٣٦).

(٥) وهذا الوجه الأول هو المنصوص، وبه قال الجمهور، والأصح أن لكل ملتقط نقل اللقيط من بلد إلى بلد. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٩، الروضة ٥/ ٤٢٢).

كانت حِلّته[1] في مكان لا ينتقل عنه أقر في يده؛ لأن الحلة كالقرية، وإن كان يظعن في طلب الماء والكلأ، ففيه وجهان، أحدهما: يقر في يده؛ لأنه أرجى لظهور نسبه، والثاني: لا يقر في يده؛ لأنه يشقى بالتنقل في البدو[2].

فـصـل [التقاط الفقير]:

وإن التقطه فقير ففيه وجهان، أحدهما: لا يقر في يده؛ لأنه لا يقدر على القيام بحضانته، وفي ذلك إضرار باللقيط، والثاني: يقر في يده؛ لأن الله تعالى يقوم بكفاية الجميع[3].

فـصـل [التنازع في الكفالة]:

وإن تنازع في كفالته نفسان من أهل الكفالة قبل أن يأخذاه، أخذه السلطان، وجعله في يد من يرى منهما أو من غيرهما؛ لأنه لا حق لهما قبل الأخذ، ولا مزية لهما على غيرهما، فكان الأمر فيه إلى السلطان[4].

وإن التقطاه وتشاحا، أقرع بينهما فمن خرجت عليه القرعة أقر في يده، وقال أبو علي بن خيران، لا يقرع بينهما، بل يجتهد الحاكم، فيقره في يد من هو أحظ له، والمنصوص هوالأول[5]، لقوله تعالى: ﴿وما كنتَ لديْهم إذ يُلقون أقلامَهم[6]

---

(١) الحلة والمحلة: منزل القوم وحيث يحلون. (النظم ١/ ٤٣٦).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، فإن كان التنقل للنُجْعة لم يقر اللقيط معه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٢٠).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يشترط في الملتقط الغنى، ويقر اللقيط في يد الفقير. (الروضة ٥/ ٤١٩).

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٩، الروضة ٥/ ٤٢٠.

(٥) هذا هو الراجح، فإن استوى الملتقطان أقرع بينهما، وإلاّ فالأصح أنه يُقدم غني على فقير، وعدل على مستور. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١٩، الروضة ٥/ ٤٢٠).

(٦) القلم: ههنا القدح الذي يضرب فيه السهام للقرعة، وكانت العرب تقترع بها. (النظم ١/ ٤٣٦).

أيُّهم يَكْفُلُ مَرْيم﴾ [آل عمران: ٤٤]، ولأنه لا يمكن، أن يجعل في أيديهما؛ لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة، ولا يمكن أن يجعل بينهما مهايأة، لأنه تختلف عليه الأخلاق، والأغذية، فيستضر، ولا يمكن أن يقدم أحدهما؛ لأنهما متساويان في سبب الاستحقاق، ولا يمكن أن يسلم إلى غيرهما؛ لأنه قد ثبت لهما حق الالتقاط، فلا يجوز إخراجه عنهما، فأقرع بينهما، كما لو أراد أن يسافر بإحدى نسائه.

وإن ترك أحدهما حقه من الحضانة، ففيه وجهان، أحدهما: يدفع إلى السلطان فيقره في يد من يرى؛ لأن الملتقط لا يملك غير الحفظ، فأما إقرار اللقيط في يد غيره فليس ذلك إليه. ولهذا لو انفرد بالالتقاط لم يملك أن ينقله إلى غيره، والثاني: وهو المذهب، أنه يقر في يد الآخر من غير إذن السلطان؛ لأن الحضانة بحكم الالتقاط لا تفتقر إلى إذن السلطان، ولهذا لو انفرد كل واحد منهما بالالتقاط ثبت له الحضانة من غير إذن، فإذا اجتمعا وترك أحدهما حقه، ثبت للآخر، كالشفعة بين شفيعين[(١)].

فصل [الاختلاف في الالتقاط]:

فأما إذا اختلفا في الالتقاط، فادعى كل واحد منهما أنه الملتقط ولم تكن بينة، فإن لم يكن لأحدهما عليه يد أقره السلطان في يد من يرى منهما، أو من غيرهما؛ لأنه لا حق لهما، وإن كان في يد أحدهما، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن اليد تشهد له، وإن كان في يدهما تحالفا، فإن حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب، وعلى قول أبي علي بن خيران يقره الحاكم في يد من هو أحظ له.

فإن كان لأحدهما بينة قضي له؛ لأن البينة أقوى من اليد والدعوى[(٢)]، وإن

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، فالأصح أن الثاني ينفرد به كالشفيعين. (الروضة ٥/ ٤٢١).
(٢) انظر: الروضة ٥/ ٤٤١، ٤٤٢.

كان لكل واحد منهما بينة فإن كانت بينة أحدهما أقدم تاريخاً[1] قضي له؛ لأنه قد ثبت له السبق إلى الالتقاط وإن لم تكن بينة أحدهما أقدم تاريخاً فقد تعارضت البينتان، ففي أحد القولين تسقطان، فيصيران، كما لو لم تكن بينة وقد بيناه، وفي القول الثاني: تستعملان، وفي الاستعمال ثلاثة أقوال، أحدها: القسمة، والثاني: القرعة، والثالث: الوقف[2]، ولا يجيء ههنا إلاّ القرعة، لأنه لا يمكن قسمة اللقيط بينهما، ولا يمكن الوقف؛ لأن فيه إضراراً باللقيط، فوجبت القرعة[3].

فصل [ادعاء نسب اللقيط]:

وإن ادعى حر مسلم نسبه لحق به وتبعه في الإسلام؛ لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحد، فقبل، كما لو أقر له بمال، وله أن يأخذه من الملتقط ؛ لأن الوالد أحق بكفالة الولد من الملتقط .

وإن كان الذي أقر بالنسب هو الملتقط، فالمستحب أن يقال له من أين صار ابنك؛ لأنه ربما اعتقد أنه بالالتقاط صار أباً له.

وإن ادعى نسبه عبد لحق به؛ لأن العبد كالحر في السبب الذي يلحق به النسب[4]، ولا يدفع إليه؛ لأنه لا يقدر على حضانته لاشتغاله بخدمة مولاه.

وإن ادعى نسبه كافر لحق به؛ لأن الكافر كالمسلم في سبب النسب، وهل يصير اللقيط كافراً؛ قال في «اللقيط»: أحببت أن أجعله مسلماً، وقال في «الدعوى

---

(١) التاريخ: يقال: تاريخ، وتوريخ، كما يقال في فعله: أرخت وورخت بالهمز وتركه. (النظم ١/ ٤٣٦).

(٢) الوقف: معناه التوقف والانتظار إلى أن يصطلحا عليه، أو يقوم للحاكم دليل. (النظم ١/ ٤٣٦).

(٣) قال النووي: «ولو أقاما بينتين متعارضتين سقطتا في الأظهر». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٢٨)، وانظر: الروضة ٥/ ٤٤٠.

(٤) انظر: الروضة ٥/ ٤٣٧.

والبينات»: أجعله مسلماً، فمن أصحابنا من قال: إن أقام البينة حكم بكفره قولاً واحداً، وإن لم تقم البينة ففيه قولان، أحدهما: يحكم بكفره؛ لأنا لما حكمنا بثبوت نسبه فقد حكمنا بأنه ولد على فراشه، والقول الثاني: يحكم بإسلامه؛ لأنه محكوم بإسلامه بالدار، فلا يحكم بكفره بقول كافر، وقال أبو إسحاق: الـذي قال في «اللقيط» أراد به إذا ادعاه، وأقام البينة عليه؛ لأنه قد ثبت بالبينة أنه ولد على فراش كافر، والذي قال في «الدعوى والبينات»: أراد إذا ادعاه من غير بينة، لأنـه محكوم بإسلامه بظاهر الدار، فلا يصير كافراً بدعوى الكافر، وهذا الطريق هو الصحيح؛ لأنه نص عليه في «الإملاء»[1]، وإذا قلنا: إنه يتبع الأب في الكفر، فالمستحب أن يُسلم إلى مسلم إلى أن يبلغ احتياطاً للإسلام، فإن بلـغ ووصف الكفر أقررناه على كفره، وإن وصف الإسلام حكمنا بإسلامه من وقته.

فـصــل [ادعاء المرأة نسب اللقيط]:

وإن ادعت امرأة نسبه، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: يقبل؛ لأنها أحد الأبوين، فقبل إقرارها بالنسب كالأب، والثاني: لا يقبل، وهو ظاهر النص؛ لأنه يمكن إقامة البينة على ولادتها من طريق المشاهدة، فلا يحكم فيها بالدعوى بخلاف الأب، فإنه لا يمكن إقامة البينة على ولادته من طريق المشاهدة، فقبلت فيه دعواه[2]، ولهذا قلنا: إنه إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، لم يقبل قولها في دخول الدار إلاّ ببينة، ولو قال لها: إن حضت فأنت طالق، قبل قولها في الحيض من غير بينة، لما ذكرناه من الفرق، فكذلك ههنا، والثالث: إن كانت

---

(١) هذا التفصيل هو الراجح، فإن اقتصر على مجرد الدعوى فالمذهب أنه مسلم، وهو المنصوص به، وقطع به أبو إسحاق وغيره، وصححه الأكثرون. (الروضة ٥/ ٤٣٥، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٢٢)..

(٢) الدِعوة: بالكسر ادعاء النسب. (النظم ١/ ٤٣٧).

فراشاً[(١)] لرجل لم يقبل قولها، لأن إقرارها يتضمن إلحاق النسب بالرجل، وإن لم تكن فراشاً قبل؛ لأنه لا يتضمن إلحاق النسب بغيرها[(٢)].

فصل [ادعاء نسبه من رجلين]:

وإن تداعى نسبه رجلان لم يجز إلحاقه بهما؛ لأن الولد لا ينعقد من اثنين، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّا خلقْناكم من ذكر وأنثى﴾ [الحجرات: ١٣]، فإن لم يكن لواحد منهما بينة عرض الولد على القافة[(٣)]، وهم قوم من بني مُدْلج من كنانة، فإن ألحقته بأحدهما لحق به[(٤)]، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «دخل عليَّ رسولُ الله ﷺ أعرف السرور في وجهِه، فقال: ألم تَرَيْ إلى مُجزِّز المدلجي نظر إلى أسامةَ وزيدٍ، وقد غَطَّيا رؤوسهما، وقد بَدَت أقدامُهما، فقال: إن هذه الأقدامَ بعضُها من بعض»[(٥)]، فلو لم يكن ذلك حقاً لما سرَّ به رسول الله ﷺ.

---

(١) إنما سميت المرأة فِراشاً لأن الرجل يفترشها، يقال: فلان كريم المفارش إذا كان يتزوج كرائم النساء. (النظم ١/ ٤٣٧).

(٢) الوجه الثالث هو الراجح، ويلحق النسب بالمرأة الخلية دون المتزوجة. (الروضة ٥/ ٤٣٨).

(٣) عَرَض الولد على القافة: أي أظهره حتى يروه قال تعالى: ﴿وعرضنا جهنم يومئذ للكافرين عَرْضاً﴾ [الكهف: ١٠٠] أي أبرزناها وأظهرناها ليشاهدوها، والقافة: جمع قائف، وهو الذي يعرف الآثار، يقال: قفيت أثره إذا أتبعته، مثل قفوت أي اتبعت، أصله من القفا، يقال: قفوته أي سرت أثره. (النظم ١/ ٤٣٧).
وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٢٨، الروضة ٥/ ٤٣٩.

(٤) انظر: الروضة ٥/ ٤٣٩.

(٥) حديث عائشة أخرجه البخاري (٣/ ١٣٠٤ كتاب المناقب، باب صفة النبي ﷺ)، ومسلم (١٠/ ٤٠ كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف بالولد)، وأبو داود (١/ ٥٢٦ كتاب الطلاق، باب في القافة)، والترمذي (٦/ ٣٢٧ كتاب الولاء، باب القافة)، والنسائي (٦/ ١٥١ كتاب الطلاق، باب القافة)، وأحمد (٦/ ٨٢، ٢٢٦).

وهل يجوز أن يكون من غير بني مدلج؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأن ذلك ثبت بالشرع، ولم يرد الشرع إلاَّ في بني مدلج، والثاني: أنه يجوز، وهو الصحيح؛ لأنه علم يتعلم، ويتعاطى[1]، فلم تختص به قبيلة، كالعلم بالأحكام.

وهل يجوز أن يكون واحداً؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يجوز؛ لأن النبي ﷺ سر بقول مجزز المدلجي وحده، ولأنه بمنزلة الحاكم، لأن يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم، والثاني: لا يجوز أقل من اثنين؛ لأنه حكم بالشبه في الخلقة، فلم يقبل من واحد كالحكم في المثل في جزاء الصيد.

ولا يجوز أن يكون امرأة ولا عبداً، كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأة ولا عبداً، ولا يقبل إلاَّ قول من جُرّب وعُرف بالقيافة حذقه، كما لا يقبل في الفتيا إلاَّ قول من عرف في العلم حذقه.

وإن ألحقته بهما، أو نفته عنهما، أو أشكل الأمر عليها، أو لم تكن قافة، ترك حتى يبلغ، ويؤخذان بالنفقة عليه، لأن كل واحد منهما يقول أنا الأب وعليَّ نفقته، فإذا بلغ أمرناه أن ينتسب إلى من يميل طبعه إليه[2]، لما رُوي عن عمر رضي الله عنه: «أنه قال للغلام الذي ألحقته القافة بهما: والِ أيهما شئت»[3]، ولأن الولد يجد لوالده ما لا يجد لغيره، فإذا تعذر العمل بقول القافة رجع إلى اختيار الولد.

---

(١) يتعاطى: أي يتناول، والمعاطاة: التناول، وأراد أنه يتعلم. (النظم ١/ ٤٣٧).

(٢) الطبع: ما جبل الإنسان عليه من أصل خلقته. (النظم ١/٤٣٧)، وانظر: المنهاج ٢/٤٢٨، الروضة ٥/٤٣٩.

(٣) أثر عمر أخرجه الإمام مالك (الموطأ ص ٤٦١ كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه).
وقوله: «والِ أيهما شئت» أي تابع، والموالاة المتابعة، والموالاة المعاداة. (النظم ١/ ٤٣٧).

وهل يصح أن ينتسب إذا صار مميزاً، ولم يبلغ؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يصح، كما يصح أن يختار الكون مع أحد الأبوين، إذا صار مميزاً، والثاني: لا يصح؛ لأنه قول يتعين به النسب ويلزم الأحكام به، فلا يقبل من الصبي، ويخالف اختيار الكون مع أحد الأبوين؛ لأن ذلك غير لازم، ولهذا لو اختار أحدهما، ثم انتقل إلى الآخر جاز، ولا يجوز ذلك في النسب[١].

وإن كان لأحدهما بينة قدمت على القافة؛ لأن البينة تخبر عن سماع، أو مشاهدة، والقافة تخبر عن اجتهاد[٢].

فإن كان لكل واحد منهما بينة، فهما متعارضتان؛ لأنه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين، ففي أحد القولين يسقطان، ويكون كما لو لم تكن بينة، وقد بيناه، وفي الثاني تستعملان[٣]، فعلى هذا هل يقرع بينهما؟ فيه وجهان، أحدهما: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، قضي له؛ لأنه لا يمكن قسمة الولد بينهما، ولا يمكن الوقف؛ لأن فيه إضراراً باللقيط، فوجبت القرعة، والثاني: لا يقرع؛ لأن معنا ما هو أقوى من القرعة، وهو القافة، فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينة، وليس في موضع تسقط الأقوال الثلاثة في استعمال البينتين إلاّ في هذا الموضع على هذا المذهب.

وإن تداعت امرأتان نسبه، وقلنا: إنه يصح دعوى المرأة، ولم تكن بينة، فهل يعرض على القافة؟ فيه وجهان، أحدهما: يعرض؛ لأن الولد يأخذ الشبه من الأم كما يأخذ من الأب، فإذا جاز الرجوع إلى القافة في تمييز الأب من غيره بالشبه، جاز في تمييز الأم من غيرها، والثاني: لا يعرض لأن الولد يمكن معرفة أمه يقيناً، فلم يرجع فيه إلى القافة بخلاف الأب، فإنه لا يمكن معرفته إلاّ ظناً،

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويشترط البلوغ في الصحيح. (الروضة ٥/ ٤٣٩).

(٢) انظر: الروضة ٥/ ٤٤٠.

(٣) القول الأول هو الراجح، وتسقط البينتان المتعارضتان. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٢٨).

فجاز أن يرجع فيه إلى الشبه.[1].

فصل [ادعاء رق اللقيط]:

وإن ادعى رجل رق اللقيط[2] لم يقبل إلاَّ ببينة؛ لأن الأصل هو الحرية، فإن شهدت له البينة نظرتَ: فإن شهدت له بأنه ولدته أمته، فقد قال في «اللقيط»: جعلته له، وقال في «الدعوى والبينات»: إن شهدت له بأنه ولدته أمته في ملكه جعلته له، فمن أصحابنا من قال: يجعل له قولاً واحداً، وإن لم تقل ولدته في ملكه، وما قال في «الدعوى والبينات» ذكره تأكيداً لا شرطاً؛ لأن ما تأتي به أمته من غيره لا يكون إلاَّ مملوكاً له، ومنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: يجعل له لما بيناه، والثاني: لا يجعل له؛ لأنه يحتمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها، ثم ملكها، فلم يملك ولدها[3].

وإن شهدت له البينة بالملك، ولم تذكر سبب الملك، ففيه قولان، أحدهما: يحكم له كما يحكم له إذا شهدت له بملك مال، وإن لم تذكر سببه، والثاني: لا يحكم؛ لأن البينة قد تراه في يده، فتشهد بأنه عبده بثبوت يده عليه بالالتقاط أو غيره[4].

وإن شهدت البينة له باليد، فإن كان المدعي هو الملتقط لم يحكم له؛ لأنه قد عرف سبب يده، وهو الالتقاط، ويد الالتقاط لا تدل على الملك، فلم يكن

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، والأصح المنصوص عرض الولد على القافة إذا ادعته امرأتان، لأنه حكم أو حجة، فأشبه البينة. (الروضة ٥/ ٤٤٠).

(٢) رق اللقيط: أي عبوديته. (النظم ١/ ٤٣٨).

(٣) الطريق الثاني هو الراجح، وأن في المسألة قولين، والأصح لا يجعل له إلاَّ بالبينة على الرق والملك. (الروضة ٥/ ٤٤٤، ٤٤٥).

(٤) القول الأول هو الراجح، وتكفي البينة بالملك المطلق ولو لم تذكر السبب. (الروضة ٥/ ٤٤٥).

للشهادة تأثير[1]، وإن كان المدعي غيره ففيه قولان، أحدهما: يحكم له مع اليمين؛ لأن اليد قد ثبتت فإذا حلف حكم له كما لو كان في يده مال فحلف عليه، والثاني: لا يحكم له؛ لأنه ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك؛ لأن الظاهر الحرية[2].

فصل [من حكم بإسلامه]:

ومن حكم بإسلامه، أو بأحد أبويه، أو بالسابي[3]، فحكمه قبل البلوغ حكم سائر المسلمين في الغسل، والصلاة، والميراث، والقصاص، والدية؛ لأن السبب الذي أوجب الحكم بإسلامه لم يزل فأشبه من أسلم بنفسه وبقي على إسلامه.

فإن بلغ ووصف الكفر، فالمنصوص أنه مرتد، فإن تاب وإلاَّ قتل؛ لأنه محكوم بإسلامه قطعاً فأشبه من أسلم بنفسه، ثم ارتد، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: ما ذكرناه، والثاني: أنه يقر على الكفر؛ لأنه لما بلغ زال حكم التتبع فاعتبر بنفسه[4].

فإن بلغ ولم يصف الإسلام ولا الكفر، فقتله قاتل، فالمنصوص أنه لا قود على قاتله، ومن أصحابنا من قال: يجب القود؛ لأنه محكوم بإسلامه فأشبه ما قبل البلوغ، وهذا خطأ؛ لأنه يحتمل أن يكون غير راضٍ بالإسلام، والقصاص يسقط

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٤٤٣.

(٢) القول الثاني هو الراجح، فلا يقبل قوله إلاَّ ببينة في الأظهر. (الروضة ٥/ ٤٤٣).

(٣) السابي: هو الذي يسبيه، أي يأسره، والسبي أصله الأسر، يقال: سبيت العدو سبياً إذا أسرته، واستبيته مثله. (النظم ١/ ٤٣٨).

(٤) صرح النووي بترجيح القول الثاني، خلافاً للمصنف الذي قال: «فالمنصوص أنه مرتد»، وقال النووي: «الصبي المحكوم بإسلامه بالدار، إذا بلغ وأفصح بالكفر فهو كافر أصلي على المذهب». (الروضة ٥/ ٤٣٤)، وهذا ما أكده المصنف في آخر الفصل، وانظر: الروضة ٥/ ٤٣٢، ٤٣٣.

بالشبهة، فسقط، ويخالف ما قبل البلوغ فإن إسلامه قائم قطعاً، وبعد البلوغ لا نعلم بقاء الإسلام[١].

فأما من حكم بإسلامه بالدار فإنه قبل البلوغ كالمحكوم بإسلامه بأبويه، أو بالسابي، فإن بلغ ووصف الكفر فإنه يفزع ويهدد على الكفر احتياطاً، فإن أقام على الكفر أقر عليه، ومن أصحابنا من قال: هو كالمحكوم بإسلامه بأبويه، لأنه محكوم بإسلامه بغيره، فصار كالمسلم بأبويه، والمنصوص أنه يقر على الكفر؛ لأنه محكوم بإسلامه من جهة الظاهر، ولهذا لو ادعاه ذمي وأقام البينة، حكم بكفره.

فصل [ادعاء عبودية اللقيط]:

وإن بلغ اللقيط، وقذفه رجل، وادعى أنه عبد، وقال اللقيط بل أنا حر، ففيه قولان، أحدهما: أن القول قول اللقيط؛ لأن الظاهر من حاله الحرية، والثاني: أن القول قول القاذف؛ لأنه يحتمل أن يكون عبداً، والأصل براءة ذمة القاذف من الحد.

وإن قطع حر طرفه وادعى أنه عبد، وقال اللقيط: بل أنا حر، فالمنصوص أن القول قول اللقيط، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان، كالقذف، ومنهم من قال: إن القول قول اللقيط قولاً واحداً، وفرق بينه وبين القذف، بأن القصاص قد وجب

(١) أيد النووي ما رجحه المصنف، ولكن بناء على الترجيح السابق (هامش ٤ صفحة ٦٦٥) فقال: «وأما تجهيزه والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين إذا مات بعد البلوغ، وقبل الإفصاح، فيتفرع على القولين في أنه لو أفصح بالكفر كان كافراً أصلياً أو مرتداً؟ ورأي الإمام أن يُتساهل في ذلك، ويقام فيه شعار الإسلام، قلت: الذي رآه الإمام هو المختار أو الصواب، لأن هذه الأمور مبنية على الظواهر، وظاهره الإسلام». (الروضة ٥/ ٤٣٣) أي يحكم بإسلامه تساهلاً، أما القصاص فيحتاط فيه فلا قصاص بين القاتل المسلم وهذا المحكوم له بإسلامه، لأنه لو أفصح بالكفر فهو كافر أصلي على المذهب.

في الظاهر، ووجوب القيمة مشكوك فيه، فإذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر إلى الشك، فلم يجز. وفي القذف قد وجب الحد في الظاهر، ووجوب التعزير يقين؛ لأنه بعض الحد، فإذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر إلى اليقين، فجاز.

فصل [ثبوت رق اللقيط بعد بلوغه]:

إذا بلغ اللقيط، ووهب، وأقبض، وباع، وابتاع، ونكح، وأصدق، وجنى وجُني عليه، ثم قامت البينة على رقه، كان حكمه في التصرفات كلها حكم العبد القن، يمضي ما يمضي من تصرفه[1]، وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره؛ لأنه قد ثبت بالبينة أنه مملوك فكان حكمه حكم المملوك[2].

فإن أقر على نفسه بالرق لرجل، فصدقه، نظرتَ: فإن كان قد تقدم منه إقرار بحريته لم يقبل إقراره بالرق؛ لأنه لزمه بإقراره بالحرية أحكام الأحرار في العبادات، والمعاملات، فلم يقبل إقراره في إسقاطها، وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: لا يقبل إقراره بالرق؛ لأنه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق، كما لو أقر بالحرية، ثم أقر بالرق، والثاني: يقبل؛ لأنا حكمنا بحريته في الظاهر، وما ثبت بالظاهر يجوز إبطاله بالإقرار، ولهذا لو ثبت إسلامه بظاهر الدار، وبلغ، وأقر بالكفر، قبل منه، فكذلك ههنا، ومنهم من قال: يقبل إقراره بالرق قولاً واحداً لما ذكرناه، ويكون حكمه في المستقبل حكم الرقيق.

فأما تصرفه بعد البلوغ وقبل الحكم برقه، فعلى قولين، أحدهما: يقبل إقراره في جميعه؛ لأن الرق هو الأصل، وقد ثبت، فوجب أن تثبت أحكامه كما لو ثبت بالبينة، والثاني: يقبل فيما يضره، ولا يقبل فيما يضر غيره؛ لأن إقراره يتضمن ما

---

(١) يمضي: أي ينفذ ويحكم به. (النظم ١/ ٤٣٩).

(٢) انظر أحكام اللقيط مع الرق في (الروضة ٥/٤٤٦ وما بعدها، ص ٤٥١ وما بعدها، المجموع ١٤/٥٦٨ وما بعدها).

يضره ويضر غيره، فقبل فيما يضره، ولم يقبل فيما يضر غيره، كما لو أقر بمال عليه وعلى غيره، وهذا الطريق هو الصحيح، وعليه التفريع.

فإن باع واشترى، فإن قلنا: يقبل إقراره في الجميع، وقلنا: إن عقود العبد من غير إذن المولى لا تصح، كانت عقوده فاسدة، فإن كانت الأعيان باقية وجب ردها، وإن كانت تالفة وجب بدلها في ذمته يتبع به إذا عتق، وإن قلنا: يقبل فيما يضره، ولا يقبل فيما يضر غيره، لم يقبل قوله في إفساد العقود، ويلزمه إعواضها فإن كان في يده مال استوفى منه، فإن فضل في يده شيء كان لمولاه.

وإن كان اللقيط جارية، فزوجها الحاكم، ثم أقرت بالرق، فإن قلنا: يقبل إقرارها في الجميع فالنكاح باطل؛ لأنه عقد بغير إذن المولى، فإن كان قبل الدخول لم يجب على الزوج شيء، وإن كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل؛ لأنه وطء في نكاح فاسد، وإن أتت بولد فهو حر؛ لأنه دخل على أنه حر، وعليه قيمته، ويجب عليها عدة أمة، وهي قرءان[1]، وإن قلنا: لا يقبل فيما يضر غيره لم يبطل النكاح؛ لأن فيه إضراراً بالزوج، ولكنه في حق الزوج في حكم الصحيح، وفي حقها في حكم الفاسد فإن كان قبل الدخول لم يجب لها مهر؛ لأنها لا تدعيه، وإن كان بعد الدخول وجب لها أقل الأمرين من مهر المثل أو المسمى، لأنه إن كان المهر أقل لم يجب مازاد؛ لأن فيه إضراراً بالزوج، وإن أتت منه بولد فهو حر، ولا قيمة عليه؛ لأنا لا نقبل قولها فيما يضره، ونقول للزوج: قد ثبت أن زوجتك أمة، فإن اخترت إمساكها كان ما تلده مملوكاً للسيد، لأنك تطؤها على علم أنها أمة، وإن طلقها اعتدت عدة حرة، وهو ثلاثة أقراء، وله فيها الرجعة؛ لأنا لا نقبل قولها عليه فيما يضره، وإن مات عنها لزمتها عدة أمة، وهي شهران وخمس ليال، لأن عدة الوفاة تجب لحق الله تعالى لا حق له فيها، ولهذا تجب من غير وطء، وقول اللقيط يقبل فيما يسقط حق الله تعالى من العبادات.

---

(١) قرءان: هو مثنى قرء.

وإن كان اللقيط غلاماً فتزوج، ثم أقر بالرق، فإن قلنا: يقبل إقراره في الجميع بطل النكاح من أصله؛ لأنه بغير إذن المولى؛ فإن لم يدخل بها لم يلزمه شيء، وإن دخل بها لزمه أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل، لأنه إن كان المسمى أقل لم يجب ما زاد لأنها لا تدعيه، وإن كان مهر المثل أقل لم يجب ما زاد؛ لأن قوله مقبول، وإن ضر غيره. وإن قلنا: لا يقبل قوله فيما يضر غيره لم يقبل قوله إن النكاح باطل؛ لأنه يضرها، ولكن يحكم بانفساخه في الحال؛ لأنه أقر بتحريمها، فإن كان قبل الدخول لزمه نصف المسمى، وإن دخل بها لزمه جميعه؛ لأنه لا يقبل قوله في إسقاط المسمى.

فصل [جناية اللقيط]:

وإن جنى عمداً على عبد، ثم أقر بالرق، وجب عليه القصاص على القولين، وإن جنى خطأ وجب الأرش في رقبته على القولين؛ لأن وجوب القصاص ووجوب الأرش في رقبته يضره، ولا يضر غيره، فقبل قوله فيه، وإن جنى عليه حر عمداً لم يجب القود على الجاني؛ لأن ذلك مما يضره ولا يضر غيره، فقبل قوله فيه.

وإن جنى عليه خطأ، بأن قطع يده، فإن الجاني يقر بنصف الدية، واللقيط يدعي نصف القيمة؛ فإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية وجب نصف القيمة؛ لأن ما زاد عليه لا يدعيه، وإن كان أكثر من نصف الدية فعلى القولين إن قلنا: يقبل قوله في الجميع، وجب على الجاني نصف القيمة، وإن قلنا: لا يقبل فيما يضر غيره، وجب نصف الدية؛ لأن فيما زاد إضراراً بالجاني.

فصل [إقرار اللقيط بالرق]:

وإن أقر اللقيط أنه عبد لرجل، وكذبه الرجل، سقط إقراره، كما لو أقر له بدار فكذبه، وإن أقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر، لم يقبل، وقال أبو العباس: يقبل، كما لو أقر لرجل بدار فكذبه، ثم أقر بها لآخر، والمذهب الأول؛ لأن

بإقراره الأول قد أخبر أنه لم يملكه غيره فإذا كذبه المقر له رجع إلى الأصل، وهو أنه حر فلم يقبل إقراره بالرق بعده، ويخالف الدار؛ لأنه إذا كذبه الأول رجع إلى الأصل، وهي مملوكة فقبل الإقرار بها لغيره.

فصل [ادعاء اللقيط بعد البلوغ]:

وإن بلغ اللقيط فادعى عليه رجل أنه عبده، فأنكره، فالقول قوله؛ لأن الأصل الحرية، وإن طلب المدعي يمينه، فهل يحلف؟ يبنى على القولين في إقراره بالرق، فإن قلنا: يقبل حلف؛ لأنه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق، وإن قلنا: لا يقبل لم يحلف؛ لأن اليمين إنما تعرض ليخاف، فيقر ولو أقر لم يقبل، فلم يكن في عرض اليمين فائدة، وبالله التوفيق.

• • •

كتاب الوقف

الوقف[1] قربة مندوب إليها[2]، لما روى عبد الله بن عمر «أن عمر رضي الله عنه أتى النبي ﷺ وكان قد ملك مائة سهم من خيبر، فقال: قد أصبت مالاً لم أصب مثله، وقد أردت أن أتقرب به، إلى الله تعالى، فقال: حَبِّس الأصل، وسبّل الثمرة»[3].

---

(١) الوقف: يقال وقفت الدار للمساكين أقفها بالتخفيف، وأوقفت لغة رديئة، معناه منعت أن تباع أو توهب أو تورث، ووقف الرجل إذا قام ومنع نفسه من المضي والذهاب، ووقفت أنا ثبتت مكاني قائماً، وامتنعت من المشي، كله بغير ألف. (النظم ١/ ٤٤٠).

(٢) القربة: ما يتقرب به إلى الله تعالى، من القرب ضد البعد، ومندوب: يقال: ندب للشيء فانتدب أي دعاه إلى فعله ففعل، وهو ما يدعى إليه من فعل الخير من غير وجوب. (النظم ١/ ٤٤٠).

(٣) حديث ابن عمر أخرجه البخاري (٢/ ٩٨٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف)، ومسلم (١١/ ٨٦ كتاب الوصية، باب الوقف)، وأبو داود (٢/ ١٠٥ كتاب الوصايا، باب الرجل يوقف الوقف)، والبيهقي ٦/ ١٥٨، ١٥٩، ورواه أحمد وبقية أصحاب السنن (المجموع ١٤/ ٥٧٣).
وقوله: «حبس الأصل وسبّل الثمرة» الحبس: ضد الإطلاق والتخلية، أي اجعله محبوساً لا يباع ولا يوهب، وسبّل الثمرة: اجعل لها سبيلاً أي طريقاً لمصرفها، والسبيل: الطريق. (النظم ١/ ٤٤٠).

فصل [العين المنتفع بها]:

ويجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام، كالعقار، والحيوان، والأثاث، والسلاح، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أنه «ذكر للنبي ﷺ أنه منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبد المطلب يعني الصدقة، فقال رسول الله ﷺ: ما نقم ابن جميل[1] إلاَّ أنه كان فقيراً فأغناه الله ورسوله، فأما خالد فإنكم تظلمون خالداً إن خالداً قد حبس أدرعه وأعتده[2] معاً في سبيل الله»[3]، ولأنه لما أمر عمر رضي الله عنه بتحبيس الأصل وتسبيل الثمرة دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى وينتفع به[4].

وأما ما لا ينتفع به على الدوام كالطعام، وما يشم من الريحان، وما تحطم وتكسر من الحيوان[5]، فلا يجوز وقفه، لأنه لا يمكن الانتفاع به على الدوام[6].

---

(١) نقم بمعنى عيب، يقال: ما نقمت منه إلاَّ الإحسان، ونقم كره، ونَقَمت الأمر إذا كرهته بالفتح، أنقِم بالكسر، فأنا ناقم، ونقِمت بالكسر لغة، وقيل: أنكر بأنه لم يحل عليه الحول، وقيل معناه: لا عذر له في ذلك، وقيل: نقمت منه كذا وكذا أي بلغت مني الكراهة لفعله منتهاها. (النظم ١/ ٤٤٠).

(٢) الأدرع: جمع درع في القلة، والكثير: دروع، والأعتد: جمع عتاد، وهو أهبة الحرب من السلاح وغيره، وجمعه أعتدة أيضاً، يقال: أخذ للأمر عدته وعتاده أي أهبته وآلته. (النظم ١/ ٤٤٠).

(٣) حديث أبي هريرة رواه البخاري (٢/ ٥٣٤ كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى: ﴿وفي الرقاب... وفي سبيل الله﴾)، ومسلم (٧/ ٥٦ كتاب الزكاة، باب تقديم الزكاة ومنعها)، وأبو داود (١/ ٣٧٦ كتاب الزكاة، باب تعجيل الزكاة)، والنسائي (٥/ ٢٤ كتاب الزكاة، باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق)، وأحمد (٢/ ٣٢٢)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٦٨.

(٤) انظر: الروضة ٥/ ٣١٤، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٧.

(٥) يريد تكسر بتردٍ أو غيره، فأما من الكبر فيقال: حطم يحطم فهو حطم. (النظم ١/ ٤٤٠).

(٦) انظر: الروضة ٥/ ٣١٥.

ويجوز وقف الصغير من الرقيق والحيوان؛ لأنه يرجى الانتفاع به على الدوام[١]، ولا يجوز وقف الحمل؛ لأنه تمليك منجز فلم يصح في الحمل وحده كالبيع.

فصل [وقف الدراهم والدنانير]:

واختلف أصحابنا في الدراهم والدنانير، فمن أجاز إجارتها أجاز وقفها، ومن لم يجز إجارتها لم يجز وقفها[٢]، واختلفوا في الكلب، فمنهم من قال: لا يجوز وقفه؛ لأن الوقف تمليك، والكلب لا يملك، ومنهم من قال: يجوز الوقف؛ لأن القصد من الوقف المنفعة، وفي الكلب منفعة، فجاز وقفه[٣]، واختلفوا في أم الولد، فمنهم من قال: يجوز وقفها، لأنه ينتفع بها على الدوام فهي كالأمة القنة، ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأنها لا تملك[٤].

فصل [الوقف في عين معينة]:

ولا يصح الوقف إلاَّ في عين معينة، فإن وقف عبداً غير معين، أو فرساً غير معين، فالوقف باطل؛ لأنه إزالة ملك على وجه القربة، فلم يصح في عين الذمة، كالعتق والصدقة[٥].

فصل [وقف المشاع]:

وما جاز وقفه جاز وقف جزء منه مشاع[٦]، لأن عمر رضي الله عنه وقف مائة

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٣١٥.

(٢) سبق ص ٥١٣ وأن الصحيح أنه لا يجوز استئجار الدراهم والدنانير، وانظر: الروضة ٥/ ٣١٥.

(٣) القول الأول هو الراجح، ولا يصح وقف الكلب المعلّم على الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٨، الروضة ٥/ ٣١٥).

(٤) القول الثاني هو الراجح، ولا يصح وقف أم الولد على الأصح. (الروضة ٥/ ٣١٥).

(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٨، الروضة ٥/ ٣١٥.

(٦) يصح وقف المشاع (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٧)، والمشاع: هو المشترك غير المقسوم، ويقال: سهم شائع، وشاع أيضاً، كما يقال: سائر الشيء وسار. (النظم ١/ ٤٤١).

سهم من خيبر بإذن رسول الله ﷺ[1]؛ لأن القصد بالوقف حبس الأصل وتسبيل المنفعة، والمشاع كالمقسوم في ذلك.

ويجوز وقف علو الدار دون سفلها، وسفلها دون علوها، لأنهما عينان يجوز وقفهما فجاز وقف أحدهما دون الآخر كالعبدين[2].

فصل [الوقف على البر والمعروف]:

ولا يصح الوقف إلاَّ على بر ومعروف[3]، كالقناطر[4]، والمساجد، والفقراء، والأقارب، فإن وقف على ما لا قربة فيه كالبِيَع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل[5]، وعلى من يقطع الطريق، أو يرتد عن الدين، لم يصح؛ لأن القصد بالوقف القربة وفيما ذكرناه إعانة على المعصية[6].

وإن وقف على ذمي جاز؛ لأنه في موضع القربة، ولهذا يجوز التصدق عليه فجاز الوقف عليه[7]، وفي الوقف على المرتد والحربي وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه يجوز تمليكه، فجاز الوقف عليه كالذمي، والثاني: لا يجوز؛ لأن

---

(١) خبر عمر رضي الله عنه رواه الشافعي (بدائع المنن ٢/ ٢١٩)، وأبو داود (٢/ ١٠٥ كتاب الوصايا، باب الرجل يوقف الوقف)، والبيهقي (٦/ ١٦٠، ١٦٢)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٦٧.

(٢) قال النووي: «يجوز وقف علو الدار دون سفلها». (الروضة ٥/ ٣١٥).

(٣) البر والمعروف: هما فعل الخير والإحسان، وأصله: بر والده إذا رفق به وأحسن إليه، والعرف والمعروف ضد المنكر والنكر، ويقال: أولاه عرفاً ومعروفاً، والمعروف ما عرف من طاعة الله، والمنكر ما خرج منها، وهو ما يوجبه الدين والملة. (النظم ١/ ٤٤١).

(٤) القناطر: جمع قنطرة، وهي الطريق فوق الماء، وهي الجسر أيضاً. (١/ ٤٤١).

(٥) البيع: مساجد النصارى، الواحدة بيعة، والكنائس: مساجد اليهود، الواحدة كنيسة، والإنجيل: كتاب عيسى عليه السلام، ويذكر ويؤنث على معنى الكتاب والصحيفة، واشتقاقه من نجل إذا استخرج. (النظم ١/ ٤٤١).

(٦) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٠.

(٧) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٩، الروضة ٥/ ٣١٧.

القصد بالوقف نفع الموقوف عليه، والمرتد والحربـي مأمور بقتلهما، فلا معنى للوقف عليهما[1].

وإن وقف على دابة رجل ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأن مؤنتها على صاحبها، والثاني: يجوز؛ لأنه كالوقف على مالكها[2].

فـصـل [الوقف على نفسه]:

ولا يجوز أن يقف على نفسه، ولا أن يشرط لنفسه منه شيئاً[3]، وقال أبو عبد الله الزبيدي: يجوز؛ لأن عثمان رضي الله عنه وقف بئر رومة[4]، وقال: «دلوي فيها كدلاء المسلمين»، وهذا خطأ، لأن الوقف يقتضي حبس العين وتمليك المنفعة، والعين محبوسة عليه ومنفعتها مملوكة له، فلم يكن للوقف معنى، ويخالف وقف عثمان رضي الله عنه؛ لأن ذلك وقف عام، ويجوز أن يدخل في العام ما لا يدخل في الخاص، والدليل عليه أن رسول الله ﷺ كان يصلي في المساجد وهي وقف على المسلمين، وإن كان لا يجوز أن يخص بالصدقة، ولأن في الوقف العام يدخل فيه من غير شرط، ولا يدخل في الوقف الخاص، فدل على الفرق بينهما.

فـصـل [الوقف على من لا يملك]:

ولا يجوز الوقف على من لا يملك، كالعبد، والحمل؛ لأنه تمليك منجز،

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يصح الوقف على الحربـي والمرتد على الأصح، لأنه لا دوام لهما. (الروضة ٥/ ٣١٧).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ولا يجوز الوقف على الدابة في الأصح، لأنها ليست أهلاً بحال. (الروضة ٥/ ٣١٨).

(٣) الأصح بطلان وقف الإنسان على نفسه. (الروضة ٥/ ٣١٨).

(٤) بئر رومة: بغير همز، مضافة إلى امرأة من اليهود باعتها إلى عثمان رضي الله عنه. (النظم ١/ ٤٤١).

فلم يصح على من لا يملك، كالهبة والصدقة[1].

فصل [الوقف على مجهول]:

ولا يصح الوقف على مجهول، كالوقف على رجل غير معين، والوقف على من يختاره فلان، لأنه تمليك منجز[2] فلم يصح في مجهول، كالبيع والهبة.

فصل [لا يصح التعليق]:

ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل[3]؛ لأنه عقد يبطل بالجهالة، فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل ، كالبيع، ولا يصح بشرط الخيار[4]، وبشرط أن يرجع فيه إذا شاء، أو يبيعه إذا احتاج، أو يدخل فيه من شاء، أو يخرج منه من شاء؛ لأنه إخراج مال على وجه القربة فلم يصح مع هذه الشروط كالصدقة.

فصل [عدم الجواز لمدة]:

ولا يجوز إلى مدة؛ لأنه إخراج مال على وجه القربة، فلم يجز إلى مدة، كالعتق والصدقة.

فصل [السبيل لا ينقطع]:

ولا يجوز إلاّ على سبيل لا ينقطع، وذلك من وجهين أحدهما: أن يقف على من لا ينقرض، كالفقراء، والمجاهدين، وطلبة العلم، وما أشبهها، والثاني: أن يقف على من ينقرض[5]، ثم من بعده على من لا ينقرض، مثل أن يقف على رجل

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٣١٧.

(٢) منجز: أي معجل، من أنجز وعده، ونجز حاجته إذا قضاها وعجلها، ولم يتأن بها. (النظم ١/ ٤٤١).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٥، الروضة ٥/ ٣٢٨.

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٥.

(٥) ينقرض: أي ينقطع من القرض، وهو القطع، والمقراض الجلم كأنه يقطع به. (النظم ١/ ٤٤١).

بعينه ثم على الفقراء، أو على رجل ثم على عقبه ثم على الفقراء.

فأما إذا وقف وقفاً منقطع الابتداء والانتهاء، كالوقف على عبده، أو على ولده، ولا ولد له فالوقف باطل؛ لأن العبد لا يملك، والولد الذي لم يخلق لا يملك، فلا يفيد الوقف عليهما شيئاً.

وإن وقف وقفاً متصل الابتداء منقطع الانتهاء، بأن وقف على رجل بعينه ولم يزد عليه، أو على رجل بعينه ثم على عقبه ولم يزد عليه، ففيه قولان، أحدهما: أن الوقف باطل؛ لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام، وهذا لا يوجد في هذا الوقف، لأنه قد يموت الرجل، وينقطع عقبه، والثاني: أنه يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس إلى الواقف، لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد فحمل فيما سماه على ما شرطه[1]، وفيما سكت عنه على مقتضاه، ويصير كأنه وقف مؤبد، ويقدم المسمى على غيره، فإذا انقرض المسمى صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف[2]، لأنه من أعظم جهات الثواب، والدليل عليه قول النبي ﷺ أنه قال: «لا صدقة وذو رحم محتاج»[3]، وروى سلمان بن عامر عن النبي ﷺ قال: «صدقتك على المساكين صدقة، وعلى ذي الرحم اثنتان: صدقة وصلة»[4]، وهل يختص به فقراؤهم؟ أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ فيه

---

(١) القول الثاني هو الراجح، ويصح الوقف إذا كان منقطع الآخر في الأظهر عند الأكثرين، وفيه قول ثالث. (الروضة ٥/ ٣٢٦، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٤).

(٢) القول الراجح صحة الوقف على منقطع الآخر، كما سبق في هامش ١، فإذا انقرض المذكور ففي الوقف قولان، الأظهر يبقى وقفاً، وفي مصرفه أوجه، أصحها: أنه يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور، وهذا ما اقتصر عليه المصنف. (الروضة ٥/ ٣٢٦).

(٣) هذا جزء من حديث طويل عن أبي هريرة مرفوعاً، رواه الطبراني في الأوسط، وقال الهيثمي: وفيه عبد الله بن عامر الأسلمي، وهو ضعيف، وقال أبو حاتم: ليس بالمتروك، أما بقية رجاله فثقات. (المجموع ١٤/ ٥٨٨).

(٤) حديث سلمان بن عامر رواه الترمذي وحسنه (٣/ ٣٢٤ كتاب الزكاة، باب الصدقة على ذي =

قولان، أحدهما: يختص به الفقراء؛ لأن مصرف الصدقات إلى الفقراء، والثاني: يشترك فيه الفقراء والأغنياء؛ لأن في الوقف الغني والفقير سواء[١].

وإن وقف وقفاً منقطع الابتداء متصل الانتهاء، بأن وقف على عبد ثم على الفقراء أو على رجل غير معين، ثم على الفقراء، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: يبطل قولاً واحداً؛ لأن الأول باطل، والثاني فرع لأصل باطل، فكان باطلاً. ومنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: أنه باطل لما ذكرناه، والثاني: أنه يصح؛ لأنه لما بطل الأول صار كأن لم يكن، وصار الثاني أصلاً[٢]، فإذا قلنا: إنه يصح، فإن كان الأول لا يمكن اعتبار انقراضه، كرجل غير معين، صرف إلى من بعده، وهم الفقراء؛ لأنه لا يمكن اعتبار انقراضه، فسقط حكمه، وإن كان يمكن اعتبار انقراضه، كالعبد، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: ينقل في الحال إلى من بعده؛ لأن الذي وقف عليه في الابتداء لم يصح الوقف عليه، فصار كالمعدوم، والثاني: وهو المنصوص، أنه للواقف، ثم لوارثه إلى أن ينقرض الموقوف عليه، ثم يجعل لمن بعده؛ لأنه لم يوجد شرط الانتقال إلى الفقراء، فبقي على ملكه، والثالث: أنه يكون لأقرباء الواقف إلى أن ينقرض الموقوف عليه، ثم يجعل للفقراء؛ لأنه لا يمكن تركه على الواقف؛ لأنه أزال الملك فيه، ولا يمكن أن يجعل للفقراء؛ لأنه لم يوجد شرط الانتقال إليهم، فكان أقرباء الواقف أحق، وهل يختص به فقراؤهم؟ أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ على ما ذكرناه من القولين[٣].

= القرابة)، والنسائي (٥/ ٦٩ كتاب الزكاة، باب الصدقة على الأقارب)، وابن ماجه (١/ ٥٩١ كتاب الزكاة، باب فضل الصدقة)، وأحمد (٤/ ١٧، ١٨، ٢١٤).
وفي المطبوعة: سليمان خلافاً لما جاء في كتب السنة، والصواب سلمان، وكذا جاء في (المجموع ١٤/ ٤٨٧).

(١) القول الأول هو الراجح، ويختص الوقف بالفقراء في الأظهر. (٥/ ٣٢٦).

(٢) القول الثاني هو الراجح، ففي المسألة قولان، والراجح منهما الأول، وهو بطلان الوقف المنقطع في المذهب. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٤، الروضة ٥/ ٣٢٧).

(٣) سبق بيان القولين هـ ١، وأن الراجح الوقف على الفقراء في الأظهر.

فـصــل [الوقف المطلق]:

وإن وقف وقفاً مطلقاً، ولم يذكر سبيله، ففيه قولان، أحدهما: أن الوقف باطل؛ لأنه تمليك فلا يصح مطلقاً، كما لو قال: بعت داري، ووهبت مالي، والثاني: يصح، وهو الصحيح؛ لأنه إزالة ملك على وجه القربة، فصح مطلقاً كالأضحية[1]، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء، وقد بيناه[2].

فـصــل [الوقف بالقول]:

ولا يصح الوقف إلاَّ بالقول، فإن بنى مسجداً وصلى فيه، أو أذن للناس بالصلاة فيه، لم يصر وقفاً؛ لأنه إزالة ملك على وجه القربة، فلم يصح من غير قول مع القدرة، كالعتق.

وألفاظه ستة: وقفت، وحبست، وسبّلت، وتصدقت، وأبّدْت، وحرمت[3].

فأما الوقف والحبس والتسبيل فهي صريحة فيه لأن الوقف موضوع له ومعروف به، والتحبيس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع، فإن النبـي ﷺ قال لعمر رضي الله عنه: «حبّس الأصل وسبل الثمرة»[4]، وأما التصدق فهو كناية فيه؛ لأنه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع، فلم يصح الوقف بمجرده؛ فإن اقترنت به نية

---

(١) القول الأول هو الراجح، خلافاً لما صححه المصنف، فإن وقف وقفاً مطلقاً، واقتصر على وقفت، ولم يذكر المصرف، فالأظهر بطلانه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٤).

(٢) سبق بيان ذلك ص ٦٧٧ هـ ١، لكن القول الراجح في المسألتين مختلف.

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨١، ٣٨٢، الروضة ٥/ ٣٢٢.

ومعنى وقفت: منعت بيعه، وهبته، من الرجل الواقف الذي امتنع من الذهاب والمجيء وبقي قائماً، وحبست: مأخوذ من الحبس ضد الإطلاق، وتصدقت أصله من الصدق الذي هو ضد الكذب، كأنه يخرج مصدقاً بما وعد من الثواب، وسبلت: معناه جعلت له سبيلاً أي طريقاً إلى من يملك منفعته، وأبدت: جعلتها مؤبدة من الأبد، وهو الدهر، وحرمت أي حرمت بيعها، وهبتها وإرثها. (النظم ١/ ٤٤٢).

(٤) سبق بيان الحديث في أول كتاب الوقف ص ٦٧١ هـ ٣.

الواقف أو لفظ من الألفاظ الخمسة، بأن يقول: تصدقت به صدقة موقوفة، أو محبوسة، أو مسبلة، أو مؤبدة، أو محرمة، أو حكم الوقف بأن يقول صدقة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، صار وقفاً، لأنه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف، وأما قوله: حرَّمت، وأبدت، ففيه وجهان، أحدهما: أنه كناية فلا يصح به الوقف إلاّ بإحدى القرائن التي ذكرنا؛ لأنه لم يثبت له عرف الشرع، ولا عرف اللغة، فلم يصح الوقف بمجرده كالتصدق، والثاني: أنه صريح؛ لأن التأبيد والتحريم في غير الأبضاع لا يكون إلاّ بالوقف فحمل عليه[(١)].

فصل [لزوم الوقف]:

وإذا صح الوقف لزم وانقطع تصرف الواقف فيه، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال لعمر رضي الله عنه: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، لا تباع، ولا توهب، ولا تورث»[(٢)]، ويزول ملكه عن العين، ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه لا يزول ملكه عن العين؛ لأن الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة، وذلك لا يوجب زوال الملك، والصحيح هو الأول؛ لأنه سبب يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة، فأزال الملك كالعتق[(٣)]، واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك إليه، فمنهم من قال: ينتقل إلى الله تعالى قولاً واحداً؛ لأنه حبس عين وتسبيل منفعة على وجه القربة، فأزال الملك إلى الله تعالى، كالعتق، ومنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: أنه ينتقل إلى الله تعالى، وهو الصحيح لما ذكرنا، والثاني: أنه ينتقل إلى الموقوف عليه؛ لأن ما أزال الملك عن العين لم يزل المالية ينقل إلى الآدمي كالصدقة.

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، فلفظ حرّمت وأبّدت، أو داري محرّمة أو مؤبدة كناية على المذهب. (الروضة ٥/ ٣٢٣).

(٢) سبق بيان الحديث في أول كتاب الوقف ص ٦٧١.

(٣) القول الأول هو الصحيح، وأن ملك الواقف يزول عن العين، والأظهر أن الملك ينتقل في رقبته إلى الله تعالى. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٩).

فـصـل [ملك غلة الوقف]:

ويملك الموقوف عليه غلة الوقف، فإن كان الموقوف شجرة ملك ثمرتها[١]، وتجب عليه زكاتها، لأنه يملكها ملكاً تاماً، فوجب زكاتها عليه، فإن كان حيواناً ملك صوفه ولبنه؛ لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده، فهو كالثمرة، وهل يملك ما تلده؟ فيه وجهان، أحدهما: يملكه؛ لأنه نماء الوقف، فأشبه الثمرة وكسب العبد، والثاني: أنه موقوف كالأم؛ لأن كل حكم ثبت للأم يتبعها فيه الولد[٢]، كحرمة الاستيلاد في أم الولد، وإن كان جارية ملك مهرها؛ لأنه بدل منفعتها[٣]، ولا يملك وطأها؛ لأن في أحد القولين لا يملكها، وفي الثاني: يملكها ملكاً ضعيفاً، فلم يملك به الوطء، فإن وطئها لم يلزمه الحد؛ لأنه في أحد القولين يملكها، وفي الثاني: له شبهة ملك، وفي تزويجها وجهان، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه ينقص قيمتها، وربما تلفت من الولادة، فيدخل الضرر على من بعده، من أهل الوقف، والثاني: يجوز؛ لأنه عقد على منفعتها فأشبه الإجارة[٤]، فإن قلنا: إنها للموقوف عليه، كان تزويجها إليه، وإن قلنا: إنها تنتقل إلى الله تعالى كان تزويجها إلى الحاكم كالحرة التي لا وليّ لها، ولا يزوجها الحاكم إلاَّ بإذن الموقوف عليه؛ لأن له حقاً في منافعها، فلم يملك التصرف فيها بغير إذنه[٥]، فإن أتت بولد مملوك كان الحكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة.

---

(١) قال النووي: «ومنافعه (الموقوف) ملك للموقوف عليه». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٩). وانظر: الروضة ٥/ ٣٤٢.

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ويملك الموقوف الولد في الأصح، أما ولد النعم فيملكه قطعاً. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٠، الروضة ٥/ ٣٤٣).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٠، الروضة ٥/ ٣٤٤.

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ويجوز تزويج الموقوفة في الأصح، تحصيناً لها، قياساً على الإجارة. (الروضة ٥/ ٣٤٦).

(٥) انظر: الروضة ٥/ ٣٤٦.

فصل [إتلاف الواقف للوقف]:

وإن أتلفه الواقف، أو أجنبي، فقد اختلف أصحابنا فيه على طريقين، فمنهم من قال: يبنى على القولين، فإن قلنا: إنه للموقوف عليه وجبت القيمة له؛ لأنه بدل ملكه، وإن قلنا إنه لله تعالى اشترى به مثله، ليكون وقفاً مكانه، وقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: يشتري بها مثله، ليكون وقفاً مكانه قولاً واحداً؛ لأنا لو قلنا إنه ينتقل إلى الموقوف عليه، إلاَّ أنه لا يملك الانتفاع برقبته، وإنما يملك الانتفاع بمنفعته، ولأن في ذلك إبطال حق البطن الثاني من الوقف[١].

وإن أتلفه الموقوف عليه فإن قلنا: إنه إذا أتلفه غيره كانت القيمة له، لم تجب عليه؛ لأنها تجب له، وإن قلنا: يشتري بها ما يكون وقفاً مكانه، أخذت القيمة منه، واشتري بها ما يكون مكانه[٢].

وإن كان الوقف جارية، فوطئها رجل بشبهة، فأتت منه بولد، ففي قيمة الولد ماذكرناه من الطريقين في قيمة الوقف إذا أتلف.

وإن كان الوقف عبداً فجنى جناية توجب المال لم يتعلق برقبته؛ لأنها ليست بمحل للبيع، فإن قلنا: إنه للموقوف عليه وجب الضمان عليه، وإن قلنا إنه لله تعالى ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: يلزم الواقف وهو قول أبي إسحاق، وهو الصحيح؛ لأنه منع من بيعه ولم يبلغ به حالة يتعلق الأرش بذمته، فلزمه أن يفديه كأم الولد[٣]، والثاني: أنه يجب في بيت المال؛ لأنه لا يمكن إيجابه على الواقف؛ لأنه لا يملكه ولا على الموقوف عليه؛ لأنه لا يملكه فلم يبق إلاَّ بيت المال، والثالث: أنه يجب في كسبه؛ لأنه كان محله الرقبة ولا يمكن تعليقه عليها،

---

(١) الراجح أنه إذا أتلف الموقوف وجب مثله ليكون وقفاً مكانه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩١).

(٢) سبق ترجيح القول الثاني (هـ ١) وأن في إتلاف الموقوف وجوب المثل ليكون وقفاً مكانه.

(٣) وهذا هو الوجه الأصح، ويلزم فداؤه على الواقف. (الروضة ٥/ ٣٥٥).

فتعلق بكسبه، لأنه مستفاد من الرقبة، ويجب أقل الأمرين من قيمته، أو أرش الجناية، لأنه لا يمكن بيعه كأم الولد.

فـصـل [شرط الواقف]:

وتصرف الغلة على شرط الواقف من الأثرة، والتسوية، والتقديم والتأخير، والجمع والترتيب، وإدخال من شاء بصفة، وإخراجه بصفة(١)، لأن الصحابة رضي الله عنهم وقفوا وكتبوا شروطهم، فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه: صدقة للسائل والمحروم(٢)، والضيف، ولذي القربى، وابن السبيل، وفي سبيل الله(٣)،

---

(١) في «النظم» وهو هامش «المهذب» زيادة: «وإخراج من شاء بصفة، ورده إليه بصفة». (النظم ١/ ٤٤٣)، وهي ليست في (المجموع ١٤/ ٥٩٩).
والأثرة: أن يخص قوماً دون قوم، مثل أن يقف على أولاده فيخص الذكور دون الإناث، أو الإناث دون الذكور، وأما التقديم فأن يقدم قوماً دون قوم، وذلك يحصل من وجهين، أحدهما: أن يفاضل بينهم، مثل أن يقول: وقفت على أولادي: للذكر مثل حظ الأنثيين، أو على أن للأنثى الثلثين، وللذكر الثلث، والثاني: أن يقول: على أن البطن الأعلى يقدم على البطن الثاني، وأما التسوية: فأن يسوي بين الغني والفقير، أو بين الذكور والإناث، والإطلاق يقتضي ذلك.
وأما إخراج من شاء بصفة: فمثل أن يقول: وقفت على أولادي على أن من تزوجت من بناتي فلا حق لها، أو على أن من استغنى من أولادي فلا حق له.
وأما رده إليها بصفة: فمثل أن يقول: على أن من تزوجت من بناتي فلا حق لها فيه، فإن طلقت أو مات عنها عادت إلى الوقف، فكل ذلك جائز.
وأما الجمع: فالعطف بالواو، والترتيب العطف بثم، أو إلى، والتأخير والتقديم أيضاً مثل أن يقول: على أولادي وأولاد أولادي، على أن يعطى أولادي منه كَذا، فما بقي فلأولاد أولادي، أو يقفه على المسجد والفقراء، على أن يبدأ بالمسجد، وما فضل على الفقراء. (النظم ١/ ٤٤٣).
(٢) المحروم: أي الممنوع من الرزق، وقال ابن عباس: هو المحارف الذي انحرف عنه رزقه. (النظم ١/ ٤٤٣).
(٣) خبر عمر رواه أبو داود (٢/ ١٠٧ كتاب الوصايا، باب الرجل يوقف الوقف)، والبيهقي (٦/ ١٦٠). =

وكتب علي كرم الله وجهه بصدقته ابتغاء مرضاة الله ليولجني الجنة[1]، ويصرف النار عن وجهي، ويصرفني عن النار في سبيل الله، وذي الرحم، والقريب، والبعيد، لا يباع ولا يورث[2]، وكتبت فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله ﷺ لنساء رسول الله ﷺ وفقراء بني هاشم وبني المطلب[3].

فصل [الوقف على الأولاد]:

فإن قال وقفت على أولادي دخل فيه الذكر والأنثى والخنثى؛ لأن الجميع أولاده، ولا يدخل فيه ولد الولد؛ لأن ولده حقيقة ولده من صلبه[4]، فإن كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل، فإذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال، دون ما كان حدث قبل الانفصال؛ لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً[5].

وإن وقف على ولده، وله ولد فنفاه باللعان، لم يدخل فيه، وقال أبو إسحاق: يدخل فيه؛ لأن اللعان يسقط النسب في حق الزوج، ولا يتعلق به حكم سواه، ولهذا تنقضي به العدة، والمذهب الأول: لأن الوقف على ولده وباللعان قد بان أنه ليس بولده، فلم يدخل فيه[6].

وإن وقف على أولاد أولاده، دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات، لأن

= وسبيل الله: الجهاد، وابن السبيل: المسافر، وأصله كله الطريق. (النظم ١/ ٤٤٤).

(١) ليولجني: أي ليدخلني. (النظم ١/ ٤٤٤).

(٢) خبر علي رواه البيهقي (٦/ ١٦٠).

(٣) خبر فاطمة رواه الشافعي (بدائع المنن ٢/ ٢٢٠)، والبيهقي (٦/ ١٦١)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٦٩.

(٤) هذا هو الوجه الأصح بعدم دخول ولد الولد في قوله: وقفت على أولادي، وفيه وجهان آخران. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٧، الروضة ٥/ ٣٣٥).

(٥) انظر: الروضة ٥/ ٣٣٦، ٣٣٧.

(٦) قال النووي: «المنفي باللعان لا يستحق شيئاً لانقطاع نسبه، وخروجه عن كونه ولداً». (الروضة ٥/ ٣٣٧).

الجميع أولاد أولاده، فإن قال: على نسلي، أو عقبي، أو ذريتي، دخل فيه أولاد البنين، وأولاد البنات، قربوا أو بعدوا، لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته[1]، ولهذا قال الله تعالى: ﴿ومنْ ذريتِهِ داودُ وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون، وكذلك نجزي المحسنين، وزكريا ويحيى وعيسى﴾ [الأنعام: ٨٤، ٨٥]، فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد، وجعل عيسى من ذريته، وهو ينسب إليه بالأم.

فإن وقف على عترته، فقد قال ابن الأعرابي وثعلب: هم ذريته، وقال القتيبي: هم عشيرته[2].

وإن وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه أولاد البنات، لأنهم لا ينسبون إليه ولهذا قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتُنا بنوهن أبناء الرجال الأجانب

وإن وقف على البنين لم يدخل فيه الخنثى المشكل؛ لأنا لا نعلم أنه من البنين، فإن وقف على البنات لم يدخل فيه، لأنا لا نعلم أنه من البنات، فإن وقف على البنين والبنات ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يدخل فيه؛ لأنه ليس من البنين ولا من البنات، والثاني: أنه يدخل؛ لأنه لا يخلو من أن يكون ابناً أو بنتاً وإن أشكل علينا[3].

فإن وقف على بني زيد لم يدخل فيه بناته، فإن وقف على بني تميم، وقلنا: إن الوقف صحيح، ففيه وجهان، أحدهما: لا يدخل فيه البنات؛ لأن البنين اسم

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٨، الروضة ٥/ ٣٣٧.

(٢) وهذان القولان هما وجهان للأصحاب، وأصحهما الثاني أنهم عشيرته. (الروضة ٥/ ٣٣٧)، ثم فصل النووي المراد من ذلك. (الروضة ٥/ ٣٣٨).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ويدخل الخنثى على الأصح في الوقف على البنين والبنات. (الروضة ٥/ ٣٣٦).

للذكور حقيقة، والثاني: يدخلن فيه؛ لأنه إذا أطلق اسم القبيلة دخل فيه كل من ينسب إليها من الرجال والنساء(١).

فصـل [الوقف على الأولاد الفقراء]:

وإن قال: وقفت على أولادي، فإن انقرض أولادي وأولاد أولادي، فعلى الفقراء، لم يدخل فيه ولد الولد، ويكون هذا وقفاً منقطع الوسط، فيكون على قولين، كالوقف المنقطع الانتهاء(٢)، ومن أصحابنا من قال: يدخل فيه أولاد الأولاد بعد انقراض ولد الصلب؛ لأنه لما شرط انقراضهم دل على أنهم يستحقون كولد الصلب، والصحيح هو الأول؛ لأنه لم يشرط شيئاً وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم(٣).

فصـل [الوقف على الأقارب]:

وإن وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته، فإن كان للواقف أب يعرف به وينسب إليه دخل في وقفه كل من ينسب إلى ذلك الأب، ولا يدخل فيه من ينسب إلى أخي الأب، أو أبيه، فإن وقف الشافعي رحمه الله لأقاربه دخل فيه كل من ينسب إلى شافع بن السائب؛ لأنهم يعرفون بقرابته، ولا يدخل فيه من ينسب إلى علي وعباس بن السائب، ولا من ينسب إلى السائب؛ لأنهم لا يعرفون بقرابته، ويستوي فيه من قرب من أقاربه، ويستوي فيه الذكر والأنثى، لتساوي الجميع في القرابة، فإن حدث قريب بعد الوقف دخل فيه، وذكر البويطي: أنه لا يدخل فيه، وهذا غلط من البويطي؛ لأنه لا خلاف أنه إذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده.

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويدخل النساء في الوقف على بني تميم في الأصح. (الروضة ٥/٣٣٦).

(٢) سبق البيان أن الوقف المنقطع الوسط أو الانتهاء يعتبر صحيحاً ص ٦٧٧ هـ ١.

(٣) انظر: الروضة ٥/٣٣٩، ٣٤٠.

فصل [الوقف على أقرب الناس]:

وإن وقف على أقرب الناس إليه، ولم يكن له أبوان، صرف إلى الولد ذكراً كان أو أنثى، لأنه أقرب من غيره لأنه جزء منه، فإن لم يكن له ولد فإلى ولد الولد من البنين والبنات، فإن لم يكن ولد ولا ولد ولد، وله أحد الأبوين صرف إليه؛ لأنهما أقرب من غيرهما، فإن اجتمعا استويا، فإن لم يكونا[1] صرف إلى أبيهما الأقرب فالأقرب، فإن كان له أب وابن، ففيه وجهان، أحدهما: أنهما سواء؛ لأنهما في درجة واحدة في القرب[2]، والثاني: يقدم الابن؛ لأنه أقوى تعصيباً من الأب[3]، فإن قلنا: إنهما سواء قدم الأب على ابن الابن، لأنه أقرب منه، وإن قلنا يقدم الابن قدم ابن الابن على الأب، لأنه أقوى تعصيباً منه.

فإن لم يكن أبوان ولا ولد، وله إخوة صرف إليهم؛ لأنهم أقرب من غيرهم، فإن اجتمع أخ من أب وأخ من أم استويا، وإن كان أحدهما من الأب والأم والآخر من أحدهما قدم الذي من الأب والأم؛ لأنه أقرب.

فإن لم يكن إخوة صرف إلى بني الإخوة على ترتيب آبائهم، فإن كان له جد وأخ ففيه قولان، أحدهما: أنهما سواء لتساويهما في القرب، ولهذا سوينا بينهما في الإرث، والثاني: يقدم الأخ؛ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد، فإذا قلنا: إنهما سواء قدم الجد على ابن الأخ، وإن قلنا يقدم الأخ فابن الأخ وإن سفل أولى من الجد.

فإن لم يكن إخوة وله أعمام صرف إليهم ثم إلى أولادهم على ترتيب الإخوة

---

(١) في المطبوعة: فإن لم يكون، وكذا في المجموع (١٤/ ٦٠٦).

(٢) يبدو ترجيح الوجه الأول، فإن الأب والابن سواء في درجة واحدة، وقد قال تعالى: ﴿آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً﴾ [النساء: ١١]، أما قرب الابن في التعصيب فله حكمة أخرى، ودليل آخر.

(٣) التعصيب: والعصبة مشتق من العصابة التي تحيط بالرأس، وسموا عصبة لأنهم تعصبوا أي أحاطوا به، فالأب طرف، والابن طرف، والأخ جانب، والعم جانب. (النظم ١/ ٤٤٤).

وأولادهم، فإن كان له عم وأبو جد، فعلى القولين في الجد والأخ، وإن كان له عم وخال، أو عمة وخالة، أو ولدهما، فهما سواء، فإن كان له جدتان إحداهما تدلي بقرابتين، والأخرى بقرابة، فالتي تدلي بقرابتين أولى، لأنها أقرب، ومن أصحابنا من قال: إن قلنا إن السدس بينهما في الميراث استويا في الوقف.

فـصـل [الوقف على الأقرب]:

وإن وقف على جماعة من أقرب الناس إليه صرف إلى ثلاثة من أقرب الأقارب، فإن وجد بعض الثلاثة في درجة، والباقي في درجة أبعد، استوفى ما أمكن من العدد من الأقرب، وتمم الباقي من الدرجة الأبعد؛ لأنه شرط الأقرب والعدد، فوجب اعتبارهما.

فـصـل [الوقف على مواليه]:

وإن وقف على مواليه، وله مولى من أعلى، ومولى من أسفل، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: يصرف إليهما؛ لأن الاسم يتناولهما، والثاني: يصرف إلى المولى من أعلى؛ لأن له مزية بالعتق والتعصيب، والثالث: أن الوقف باطل؛ لأنه ليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر، ولا يجوز الحمل عليهما؛ لأن المولى في أحدهما بمعنى، وفي الآخر بمعنى آخر، فلا تصح إرادتهما بلفظ واحد، فبطل[1].

فـصـل [الوقف على معينين ثم الفقراء]:

وإن وقف على زيد وعمرو وبكر، ثم على الفقراء، فمات زيد صرف إلى من بقي من أهل الوقف، فإذا انقرضوا صرف إلى الفقراء، وقال أبو علي الطبري: يرجع إلى الفقراء؛ لأنه لما جعل لهم إذا انقرضوا وجب أن تكون حصة كل واحد منهم لهم إذا انقرض، والمنصوص في «حرملة» هو الأول؛ لأنه لا يمكن نقله إلى

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ويقسم الوقف بينهما. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٨).

الفقراء؛ لأنه قبل انقراضهم لم يوجد شرط النقل إلى الفقراء، ولا يمكن رده إلى الواقف، لأنه أزال ملكه عنه، فكان أهل الوقف أحق به[1].

فصل [وقف المسجد فخرب]:

وإن وقف مسجداً فخرب المكان، وانقطعت الصلاة فيه، لم يعد إلى الملك، ولم يجز له التصرف فيه؛ لأن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى، لا يعود إلى الملك بالاختلال، كما لو أعتق عبداً ثم زَمِن[2].

وإن وقف نخلة فجفت، أو بهيمة فزمنت، أو جذوعاً على مسجد فتكسرت، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز بيعه؛ لما ذكرناه في المسجد، والثاني: يجوز بيعه؛ لأنه لا يرجى منفعته، فكان بيعه أولى من تركه[3]، بخلاف المسجد فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه، وقد يعمر الموضع فيصلى فيه، فإن قلنا: تباع كان الحكم في ثمنه حكم القيمة التي توجد من متلف الوقف، وقد بيناه، وإن وقف شيئاً على ثغر[4]، فبطل الثغر كطرسوس، أو على مسجد فاختل المكان، حفظ الارتفاع[5]، ولا يصرف إلى غيره، لجواز أن يرجع كما كان.

فصل [نفقة الوقف]:

وإن احتاج الوقف إلى نفقة أنفق عليه من حيث شرط الواقف؛ لأنه لما اعتبر شرطه في سبيله اعتبر شرطه في نفقته، كالمالك في أمواله، وإن لم يشترط أنفق عليه من غلته؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به إلَّا بالنفقة، فحمل الوقف عليه، وإن لم

---

(١) انظر: الروضة ٥/ ٣٢٥.

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٢، الروضة ٥/ ٣٥٧، ٣٥٨.

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ويجوز بيع ما توقفت منفعته. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٢، الروضة ٥/ ٣٥٧).

(٤) الثغر: هو الموضع الذي يظهر منه العدو، ويأتي منه. (النظم ١/ ٤٤٥).

(٥) الخلل والاختلال: الفساد في الأمر. (النظم ١/ ٤٤٥).

يكن له غلة فهو على القولين، إن قلنا: إنه لله تعالى كانت نفقته في بيت المال كالحر المعسر الذي لا كسب له، وإن قلنا: للموقوف عليه كانت نفقته عليه.

فصل [النظر حسب شرط الواقف]:

والنظر في الوقف إلى من شرطه الواقف[1]؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر، فجعل عمر رضي الله عنه إلى حفصة رضي الله عنها، وإذا توفيت فإنه إلى ذوي الرأي من أهلها[2]، ولأن سبيله إلى شرطه، فكان النظر إلى من شرطه.

وإن وقف ولم يشرط الناظر، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه إلى الواقف؛ لأنه كان النظر إليه فإذا لم يشرطه بقي على نظره، والثاني: أنه للموقوف عليه؛ لأن الغلة له، فكان النظر إليه، والثالث إلى الحاكم؛ لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه[3]، وحق من ينتقل إليه فكان الحاكم أولى، فإن جعل الواقف النظر إلى اثنين من أفاضل ولده، ولم يوجد فيهم فاضل إلاَّ واحد، ضم الحاكم إليه آخر؛ لأن الواقف لم يرض فيه بنظر واحد.

فصل [اختلاف أرباب الموقف]:

إذا اختلف أرباب الوقف في شروط الوقف وسبيله، ولا بينة جعل بينهم بالسوية، فإن كان الواقف حيّاً رجع إلى قوله؛ لأنه ثبت بقوله فرجع إليه.

● ● ●

---

(١) قال النووي: «إن شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره اتبع...»، ثم ذكر شروط الواقف، ووظيفته (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٣، ٣٠٤)، وانظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٣، الروضة ٥/ ٣٤٦ وما بعدها، المجموع ١٤/ ٦١٥.

(٢) ورد ذلك في الحديث السابق ص ٦٨٣ هامش ٣، وقوله: «وذوي الرأي من أهلها» أراد من أهل الصدقة. (النظم ١/ ٤٤٥).

(٣) الوجه الثالث هو الراجح، ويكون النظر على الوقف للقاضي على المذهب إن لم يشترط الواقف. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٣، الروضة ٥/ ٣٤٧).

كتاب الهبات

الهبة[1] مندوب إليها، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا»[2]، وللأقارب أفضل، لما روى عبد الله بن عمرو[3] رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «الراحِمُون يرحَمهُم اللَّهُ ارحموا مَنْ في الأرض يَرْحَمْكم من في السماء، الرحم شُجْنَة من الرحمن[4] فمن وصلها وصله الله، ومن

---

(١) الهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها، أما الهبة والصدقة والهدية فمتغايران، فمن دفع إلى إنسان شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة، ومن دفع إلى إنسان شيئاً يتقرب به إليه محبة له فهو هدية، والهبة تمليك بلا عوض في الحياة، وجميع ذلك مندوب إليه. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/٣٩٦، الروضة ٥/٣٦٤، المجموع ١٥/٦).

(٢) حديث عائشة رواه البخاري في (الأدب المفرد)، والبيهقي (٦/١٦٩)، وأورده ابن طاهر في «مسند الشهاب» وغيره، وقال ابن حجر: «وإسناده حسن» (التلخيص الحبير ٤/٦٩، ٧٠).

(٣) جاء في المطبوعة عبد الله بن عمر، وكذا في (المجموع ١٥/٣)، ولم أجده عن ابن عمر، بل الحديث عن ابن عمرو.

(٤) الرحم: أصله رحم الأنثى، ثم نقل إلى القرابة، لأنه سببها، يقال: رَحِم، ورَحْم، مثل: كبِد، وكبْد، وشجنة بمعنى مشتبكة، كاشتباك العروق، ومنه قولهم: «الحديث ذو شجون» إنما هو يمسك بعضه ببعض، وفيه لغتان: شجنة وشجة. (النظم ١/٤٤٦).

قطعها قطعه الله»(١)، وفي الهبة صلة الرحم.

والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض في الهبة، لما روى النعمان بن بشير، قال أعطاني أبي عطية، فأتى رسولَ الله ﷺ، فقال: يا رسولَ الله، إني أعطيت ابني عطية، وإن أمه قالت: لا أرضى حتى تُشْهد رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: فهل أعطيتَ كلَ ولدِك مثلَ ذلك؟ قال: لا، قال رسول الله ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم(٢)، أليس يسرك أن يكونوا في البر سواء؟ قال: بلى، قال: فلا إذاً»(٣).

قال الشافعي رحمه الله: ولأنه يقع في نفس المفضول ما يمنعه من بره، ولأن الأقارب ينفس بعضها بعضاً ما لا ينفس العِدى(٤)، فإن فضل بعضهم بعطية صحت

---

(١) حديث عبد الله بن عمرو رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. (٦/ ٥١ كتاب البر، باب رحمة الناس)، والطبراني بإسناد صحيح. (المجموع ١٥/ ٥).
ورواه البخاري عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ «إن الرحم شُجنة من الرحمن، فقال الله: من وصلك وصلته، ومن قطعك قطعته» (٥/ ٢٢٣٢ كتاب الأدب، باب من وصل وصله الله)، وأحمد بألفاظ مختلفة بمعناه عن ابن عباس (١/ ٣٢١)، وعن أبي هريرة (٢/ ٢٩٥، ٣٨٣، ٤٠٦، ٤٥٥، ٤٩٨).

(٢) أي سووا بينهم، وهو ههنا بمعنى الاستقامة. (النظم ١/ ٤٤٦).

(٣) حديث النعمان بن بشير جاء بروايات كثيرة، وأخرجه البخاري (٢/ ٩١٣، ٩١٤ كتاب الهبة، باب الهبة للولد، وباب الإشهاد في الهبة)، ومسلم (١١/ ٦٥ كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد على بعض)، وأبو داود (٢/ ٢٦١ كتاب البيوع والإجارة، باب الرجل يفضل بعض ولده في النحل)، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح (٤/ ٦٠٨ كتاب الأحكام، باب النحل والتسوية بين الولد)، والنسائي (٦/ ٢١٦ كتاب النحل، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل)، وابن ماجه (٢/ ٧٩٥ كتاب الهبات، باب الرجل ينحل ولده)، وأحمد (٤/ ٢٦٨، ٢٧٥، ٣٧٨، ٣٧٥)، ومالك (الموطأ ص ٤٦٨ كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٧٢.

(٤) ينفس: يحسد، يقال: نفست عليَّ أي حسدت، والعِدى: بالكسر الأجانب، وبالضم الأعداء، ويكسر. (النظم ١/ ٤٤٦).

العطية، لما روي في حديث النعمان أن النبي ﷺ قال: «أشهد على هذا غيري»[1]، فلو لم يصح لبين له، ولم يأمره أن يشهد عليه غيره.

ولا يستنكف أن يهب القليل ولا أن يَتَّهِبَ القليل، لما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لو دُعيت إلى كُراع لأجبتُ[2]، ولو أُهدي إليّ كُراع، أو ذِراع، لقبلت»[3].

فصل [المال الموهوب]:

وما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته؛ لأنه عقد يقصد به ملك العين، فملك به ما يملك بالبيع[4]، وما جاز هبته جاز هبة جزء منه مشاع، لما روى عمير بن سلمة الضَّمْري[5] «أن رسول الله ﷺ خرج من المدينة، حتى أتى الرَوْحاء، فإذا حمار عقير[6]، فقيل يا رسول الله، هذا حمار عقير، فقال: دعوه، فإنه سيطلبه صاحبه، فجاء رجل من فهر، فقال: يا رسول الله، إني أصبت هذا، فشأنكم به[7]، فأمر

(١) هذا جزء من الحديث السابق في بعض رواياته الذي ورد ص ٦٩٢ هـ ٣.

(٢) الكراع: في الغنم والبقر بمنزلة الوظيف في الفرس والبعير، وهو مستدق الساق، يذكر ويؤنث، والجمع أكرع، وفي المثل «أعطى العبد كراعاً فطلب ذراعاً» والذراع: ذراع اليد، وهو أفضل من الكراع، وكان النبي ﷺ يحب أكله، ولهذا سمَّ فيه. (النظم ١/ ٤٤٦).

(٣) حديث أبي هريرة، رواه البخاري (٢/ ٩٠٨ كتاب الهبة، باب القليل من الهبة)، وأحمد (٢/ ٤٢٤، ٤٧٩، ٤٨١، ٥١٢)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٧٠.

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٩.

(٥) في المطبوعة عمر بن سلمة الضمري، وكذا في المجموع عن الأصل (١٥/ ٩)، وفي الشرح عمرو بن سلمة (المجموع ١٥/ ١٠)، والصواب أنه عمير، هكذا رواه عنه النسائي ومالك وأحمد، قال الحافظ ابن حجر: له صحبة وحديث. (المجموع ١٥/ ١٠).

(٦) عقير: أي معقور، فعيل بمعنى مفعول. (النظم ١/ ٤٤٦). والعقير: المجروح، أو المنحور.

(٧) الشأن: الأمر. (النظم ١/ ٤٤٦).

النبي ﷺ أبا بكر بقسم لحمه بين الرفاق[1]، ولأن القصد منه التمليك، والمشاع كالمقسوم في ذلك.

فصل [لا تصح هبة المجهول]:

وما لا يجوز بيعه من المجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملكه عليه، كالمبيع قبل القبض، لا تجوز هبته، لأنه عقد يقصد به تمليك المال في حال الحياة، فلم يجز فيما ذكرناه، كالبيع[2].

فصل [التعليق على شرط مستقبل]:

ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل، لأنه عقد يبطل بالجهالة، فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل[3]، كالبيع.

فصل [الإيجاب والقبول في الهبة]:

ولا تصح إلاَّ بالإيجاب والقبول؛ لأنه تمليك آدمي لآدمي، فافتقر إلى الإيجاب والقبول[4]، كالبيع، والنكاح، ولا يصح القبول إلاَّ على الفور، وقال أبو العباس: يصح على التراخي والصحيح: هو الأول، لأنه تمليك مال في حال الحياة، فكان القبول فيه على الفور كالبيع[5].

---

(١) حديث عمير بن سلمة أخرجه النسائي (٥/ ١٤٣ كتاب الحج، باب ما يجوز للمحرم أكله)، ومالك (الموطأ ص ٢٣١، كتاب الحج، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد)، وأحمد (٣/ ٤١٨، ٤٥٢).

والرفاق: جمع رفقة، وهم الجماعات يصطحبون في السفر. (النظم ١/ ٤٤٦).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٩.

(٣) انظر: الروضة ٥/ ٣٦٦.

(٤) لا يشترط الإيجاب والقبول في الهدية على الصحيح، ويشترطان لفظاً في الهبة. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٧، الروضة ٥/ ٣٦٥).

(٥) انظر: الروضة ٥/ ٣٦٦.

فصل [قبض الموهوب]:

ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض[1]، لما روت عائشة رضي الله عنها «أن أباها نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله، فلما حضرته الوفاة، قال: يا بُنية إن أحب الناس غنى بعدي لأنت، وإن أعز الناس عليّ فقراً بعدي لأنت، وإني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالي، وددت أنك جذذته وحزته[2]، وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختاك، قالت: هذان أخواي، فمن أختاي؟ قال ذو بطن بنت خارجة[3] فإني أظنها جارية»[4].

فإن مات قبل القبض قام وارثه مقامه إن شاء قبض، وإن شاء لم يقبض[5].

ومن أصحابنا من قال: يبطل العقد بالموت؛ لأنه غير لازم، فبطل بالموت، كالعقود الجائزة، والمنصوص: أنه لا يبطل؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بالموت، كالبيع بشرط الخيار، فإذا قبض ملك بالقبض.

ومن أصحابنا من قال: يتبين أنه ملك بالعقد، فإن حدث منه نماء قبل القبض

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٠، الروضة ٥/ ٣٧٥.

(٢) نحلها: أعطاها، والنحلة: العطية، وجذاذ عشرين وسقاً: معناه ما يأتي حين يجذّ عشرين وسقاً، والوسق: ستون صاعاً، وحزتِه: قبضتِه، ولو قال: حزتيه لكان جائزاً، والأول أفصح. (النظم ١/ ٤٤٧).

(٣) ذو: ههنا بمعنى الذي في لغة طيء، يقولون: أنا ذو فعلت، أي الذي فعلت، قال شاعرهم:

فإن الماء ماء أبي وجدي ... وبئري ذو حفرت وذو طويت

وخارجة: هي خارجة بنت أبي زهير تزوجها بالسنح في بئر الحارث من الخزرج، والسنح، موضع قريب من المدينة، واسمها حبيبة، وبنتها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنه. (النظم ١/ ٤٤٧، المجموع ١٥/ ١٤).

(٤) حديث عائشة رواه مالك (الموطأ ص ٤٦٨ كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل)، والبيهقي (٦/ ١٦٩ ـ ١٧٠)، والشافعي (الأم ٣/ ٣٨٤)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٧٢.

(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠١، الروضة ٥/ ٣٧٥.

كان للموهوب له؛ لأن الشافعي رضي الله عنه قال فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال وقبض بعد ما أهل: إن فطرة العبد على الموهوب له، والمذهب الأول، وما قال في زكاة الفطر فرّعه على قول مالك رحمه الله.

فصل [الرجوع في الهبة]:

فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئاً، وأقبضه لم يملك الرجوع فيه(١)، لما روى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما، رفعاه إلى النبي ﷺ «لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلاّ الوالد فيما أعطى ولده»(٢).

وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر، ولأن الأب لا يتهم في رجوعه؛ لأنه لا يرجع إلاّ لضرورة، أو لإصلاح الولد(٣).

وإن تصدق عليه فالمنصوص أن له أن يرجع كالهبة(٤)، ومن أصحابنا من قال: لا يرجع؛ لأن القصد بالصدقة طلب الثواب(٥) وإصلاح حاله مع الله عز وجل، فلا يجوز أن يتغير رأيه في ذلك، والقصد من الهبة إصلاح حال الولد، وربما كان الصلاح في استرجاعه، فجاز له الرجوع.

وإن تداعى رجلان نسب مولودٍ ووهبا له مالاً، لم يجز لواحد منهما أن

---

(١) انظر: الروضة ٥/٣٧٨.

(٢) حديث ابن عمر وابن عباس روى معناه البخاري (٢/ ٩١٥ كتاب الهبة، باب هبة الرجل لامرأته، والمرأة لزوجها)، ومسلم (١١/ ٦٥ كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض)، ورواه قريباً من لفظ المصنف أبو داود (٢/ ٢٦١ كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة)، والترمذي وصححه (٤/ ٥٢٢، ٥٢٤ كتاب البيوع، باب كراهية الرجوع من الهبة)، والحاكم وصححه (٢/ ٤٦).

(٣) انظر: الروضة ٥/ ٣٧٨، ٣٧٩.

(٤) وهذا هو الأصح المنصوص. (الروضة ٥/ ٣٨٠).

(٥) الثواب: في الهبة وغيرها أصله الرجوع، يقال: ثاب يثوب ثوباً وثواباً إذا رجع بعد ذهابه، كأن الثواب يرجع إليه بعد ذهاب الموهوب من يده، وبعد علمه للخير. (النظم ١/ ٤٤٧).

يرجع، لأنه لم يثبت له بنوته فإن لحق بأحدهما ففيه وجهان، أحدهما: أنه يجوز؛ لأنه ثبت أنه ولده، والثاني: لا يجوز؛ لأنه لم يثبت له الرجوع في حال العقد[1].

وإن وهب لولده ووهب الولد لولده، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه في ملك من يجوز له الرجوع في هبته، والثاني: لا يجوز؛ لأنه رجوع على غير من وهب له فلم يجز[2].

وإن وهب لولده شيئاً، فأفلس الولد، وحجر عليه، ففيه وجهان، أحدهما: يرجع؛ لأن حقه سابق لحقوق الغرماء، والثاني: لا يرجع؛ لأنه تعلق به حق الغرماء، فلم يجز له الرجوع كما لو رهنه[3].

فصل [زيادة الموهوب]:

وإن زاد الموهوب في ملك الولد، أو زال الملك فيه، ثم عاد إليه، فالحكم فيه كالحكم في المبيع إذا زاد في يد المشتري، أو زال الملك فيه ثم عاد إليه ثم أفلس في رجوع البائع، وقد بيناه في التفليس[4].

فصل [الثواب في الهبة]:

فإن وهب شيئاً لمن هو دونه لم يلزمه أن يثيبه بعوض؛ لأن القصد من هبته الصلة فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالصدقة.

وإن وهب لمن هو مثله، لم يلزمه أيضاً أن يثيبه؛ لأن القصد من هبته

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ويثبت لمن ألحق به الرجوع في الأصح. (الروضة ٥/ ٣٧٩).

(٢) يبدو ترجيح الوجه الثاني بعدم جواز الرجوع إذا وهب الوالد لولده، ثم وهب الولد المال لولد الولد، لأنه خرج عن ملكه، ومثل هذا أشار إليه النووي بمنع الرجوع إذا باع الموهوب، وصرح بذلك الشربيني. (الروضة ٥/ ٣٨٠، مغني المحتاج ٢/ ٤٠٢).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ولا رجوع بعد الفلس والحجر على الأصح. (الروضة ٥/ ٣٨١).

(٤) سبق بيان ذلك صفحة ٢٥٤، ٢٥٩.

اكتساب المحبة، وتأكيد الصداقة[1].

وإن وهب لمن هو أعلى منه، ففيه قولان، قال في «القديم»: يلزمه[2] أن يثيبه عليه بعوض؛ لأن العرف في هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض، فيصير ذلك كالمشروط، وقال في «الجديد»: لا يجب؛ لأنه تمليك بغير عوض، فلا يوجب المكافأة بعوض، كهبة النظير للنظير[3].

فإن قلنا: لا يجب فشرط فيه ثواباً معلوماً ففيه قولان، أحدهما: يصح؛ لأنه تمليك مال بمال، فجاز، كالبيع، فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبة في الربا، والخيار، وجميع أحكامه، والثاني: أنه باطل؛ لأنه عقد لا يقتضي العوض فبطل شرط العوض كالرهن[4]، فعلى هذا حكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه.

وإن شرط فيه ثواباً مجهولاً، بطل قولاً واحداً؛ لأنه شرط العوض، ولأنه شرط عوضاً مجهولاً[5].

وإن قلنا: إنه يجب العوض، ففي قدره ثلاثة أقوال، أحدها: أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن أعرابياً وهب للنبي ﷺ هبة، فأثابه عليها، وقال: أرضيت؟ قال: لا، فزاده، وقال: أرضيت؟ فقال: نعم، فقال رسول الله ﷺ: «لقد هممت أن لا أتهب إلاّ من قرشي أو أنصاري،

(١) لا يجب الثواب في الهدية لمن هو مثله على المذهب، وفيه طريق آخر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٤، الروضة ٥/ ٣٨٥).

(٢) في المطبوعة: لم يلزمه، وكذا في المجموع (١٥/ ٢٢) وهو خلاف التقسيم والتعليل فصححناه.

(٣) القول الجديد هو الراجح، ولا يجب الثواب في هبة الأدنى للأعلى في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٤، الروضة ٥/ ٣٨٥).

(٤) القول الأول هو الراجح، فلو وهب بشرط ثواب معلوم فالأظهر صحة العقد، ويكون بيعاً على الصحيح. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٤، ٤٠٥، الروضة ٥/ ٣٨٦، ٣٨٧).

(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٥.

أو ثقفي»[1]، والثاني: يلزمه قدر قيمته؛ لأنه عقد يوجب العوض، فإذا لم يكن مسمى وجب عوض المثل كالنكاح، والثالث: يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله؛ لأن العوض وجب بالعرف، فوجب مقداره في العرف[2].

فإن قلنا: إنه يجب العوض، فلم يعطه، ثبت له الرجوع[3]، فإن تلفت العين رجع بقيمتها؛ لأن كل عين ثبت له الرجوع بها إذا تلفت وجب الرجوع إلى بدلها، كالمبيع[4].

ومن أصحابنا من قال: لا يجب؛ لأن حق الواهب في العين، وإن نقصت العين رجع فيها، وهل يرجع بأرش ما نقص؟ فيه وجهان، كالوجهين في رد القيمة إذا تلفت.

وإن شرط عوضاً مجهولاً، لم تبطل[5]، لأنه شرط ما يقتضيه العقد، لأن العقد على هذا القول يقتضي عوضاً مجهولاً.

وإن لم يدفع إليه العوض، وتلف الموهوب ضَمِن العوض بلا خلاف.

---

(١) حديث ابن عباس أخرجه أحمد (١/ ٢٩٥)، وابن حبان (موارد الظمآن ص ٢٧٩، ٢٨٠). وقال الهيثمي: رجال أحمد رجال الصحيح. (المجموع ١٥/ ٢٣) ورواه الحاكم من رواية أبـي هريرة وصححه على شرط مسلم، وبيَّن أن الهدية ست بكرات. (المستدرك ٢/ ٦٢، ٦٣)، ورواه أيضاً عن أبـي هريرة النسائي مختصراً (٦/ ٢٣٧ كتاب العمرى، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٧٢.

(٢) القول الثاني هو الراجح، وتجب قيمة الموهوب في الأصح (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٤، الروضة ٥/ ٣٨٥).

(٣) للواهب الرجوع، ولا يجبر المتهب على الثواب قطعاً. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٥، الروضة ٥/ ٣٨٥).

(٤) انظر: الروضة ٥/ ٣٨٥.

(٥) أي إذا شرط عوضاً مجهولاً فلا تبطل الهبة، أما الثواب فهو باطل بالعوض المجهول كما سبق ص ٦٩٨ هـ ٥.

وإن شرط عوضاً معلوماً ففيه قولان، أحدهما: أن العقد يبطل؛ لأن العقد يقتضي عوضاً غير مقدر، فبطل بالتقدير، والثاني: يصح؛ لأنه إذا صح بعوض مجهول فلأن يصح بعوض معلوم أولى(١).

فصل [اختلاف الواهب والموهوب له]:

وإن اختلف الواهب والموهوب له، فقال الواهب: وهبتك ببدل، وقال الموهوب له: وهبتني على غير بدل، ففيه وجهان، أحدهما: أن القول قول الواهب؛ لأنه لم يقر لخروج الشيء من ملكه إلاَّ على بدل، والثاني: أن القول قول الموهوب له؛ لأن الواهب أقر له بالهبة وادعى بَدَلاً الأصل عدمه.

باب
العمرى والرقبى(٢)

العمرى: هو أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتَك، أو جعلتها لك عمرَك، وفيها ثلاث مسائل، إحداها: أن يقول أعمرتك هذه الدار حياتك، ولعقبك بعدك، فهذه عطية صحيحة، تصح بالإيجاب والقبول، ويملك فيها بالقبض(٣)، والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أُعْمِرَ عُمْرَى له ولعقبه، فإنَّها للذي أُعْطيها، لا ترجعُ إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث»(٤)، والثانية: أن يقول أعمرتك هذه الدار حياتك، ولم يشرط شيئاً،

---

(١) القول الثاني هو الراجح، فلو وهب بشرط ثواب معلوم فالأظهر صحة العقد (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤٠٤، وسبق بيان ذلك ص ٦٩٨ هـ ٤).

(٢) العمرى: مأخوذة من العمر، لأنه يهبها له مدة عمره، والرقبى: لأن كل واحد منهما يرقب صاحبه، فأيهما مات كان للحي، والرقوب الانتظار، قال تعالى: ﴿فارتقب إنهم مرتقبون﴾ [الدخان: ٥٩] أي انتظر إنهم منتظرون. (النظم ١/ ٤٤٨).

(٣) قال النووي عن المسألة الأولى: «فهي هبة». (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٨، الروضة ٥/ ٣٧٠).

(٤) حديث جابر أخرجه البخاري بلفظ «قضى النبي ﷺ بالعمرى أنها لمن وهبت له». =

ففيه قولان، قال في «القديم»: هو باطل؛ لأنه تمليك عين قدر بمدة فأشبه إذا قال: أعمرتك سنة، أو أعمرتك حياة زيد، وقال في «الجديد»: هو عطية صحيحة، ويكون للمعمر في حياته، ولورثته بعده، وهو الصحيح[1]، لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعمر عُمرى حياتَه فهي له، ولعقبه من بعده، يرثها من يرثه من بعده»[2]، ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك، وتنتقل إلى الورثة، فلم يكن ما جعله له في حياته منافياً لحكم الأملاك، والثالثة: أن يقول أعمرتُك حياتك، فإنْ متَّ عادت إليَّ إن كنتُ حياً وإلى ورثتي إن كنتُ ميتاً، فهي كالمسألة الثانية، فتكون على قولين، أحدهما: تبطل، والثاني: تصح؛ لأنه شرط أن تعود إليه بعد ما زال ملكه أو إلى وارثه، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر، فيصير وجوده كعدمه[3].

فصل [الرقبى]:

وأما الرقبى فهو أن يقول أرقبتك هذه الدار، أو داري لك رقبى، ومعناه وهبت لك، وكل واحد منا يرقب صاحبه، فإن مت قبلي عادت إليَّ، وإن متُّ قبلك فهي لك، فتكون كالمسألة الثالثة من العمرى، وقد بينا أن الثالثة كالثانية،

= (٢/ ٩٢٥ كتاب الهبة، باب ما قيل في العمرى والرقبى)، وأخرجه مسلم بلفظ المصنف (١١/ ٦٩، ٧٠ كتاب الهبات، باب العمرى)، والنسائي بلفظ المصنف أيضاً (٦/ ٢٣٤ كتاب العمرى، باب الاختلاف عن الزهري فيه)، وروى أحمد وأبو داود والترمذي حديثاً آخر في العمرى والرقبى. (المجموع ١٥/ ٢٨)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٧١، الأم ٣/ ٢٨٥، ٢٨٦.

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٨، الروضة ٥/ ٣٧٠.

(٢) حديث جابر أخرجه مسلم (١١/ ٧٠ كتاب الهبات، باب العمرى)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٧١.

(٣) القول الثاني هو الراجح، وتكون هذه الصورة هبة وإعماراً صحيحاً في الأصح، وبه قطع الأكثرون. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٨، الروضة ٥/ ٣٧٠).

فتكون على قولين[1]، وقال المزني: الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتاً، وهذا خطأ، لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أعمر عمرى أو أرقب رقبى، فهي للمعمر يرثها من يرثه»[2].

فصل [الإبراء عن الدين]:

ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز إلاَّ بقبول من عليه الدين؛ لأنه تبرع[3] يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه، فافتقر إلى قبوله، كالوصية، والهبة، ولأن فيه التزاماً منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة، والمذهب: الأول؛ لأنه إسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول، كالعتق، والطلاق، والعفو عن الشفعة، والقصاص، ولا يصح الإبراء من دين مجهول؛ لأنه إزالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط، فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة.

• • •

(١) تبين فيما سبق هامش ١، ٣ ص ٧٠١ أن القول الراجح صحة الرقبى، وتكون هبة في الأصح، وطرد القولين الجديد والقديم، وترجيح الجديد. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٩، الروضة ٥/ ٣٧٠).

(٢) حديث عبد الله بن الزبير ورد معناه من رواية زيد بن ثابت وأبي هريرة وجابر عند أبي داود (٢/ ٢٦٥ كتاب البيوع، باب الرقبى)، والنسائي (٦/ ٢٣٠ كتاب العمرى، باب اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى)، وابن ماجه (٢/ ٧٩٦ كتاب الهبات، باب العمرى)، وأحمد (٢/ ٣٤، ٧٣، ٥/ ١٨٩)، وروى معناه الشافعي، وصححه أبو الفتح القشيري من طريق جابر (التلخيص الحبير ٣/ ٧١، المجموع ١٥/ ٢٩، الأم ٣/ ٢٨٦).

(٣) التبرع: التطوع، وتبرع أي تطوع. (النظم ١/ ٤٤٨).

كتاب الوصايا [1]

من ثبتت له الخلافة على الأمة جاز له أن يوصي بها إلى من يصلح لها، لأن أبا بكر رضي الله عنه وصَّى إلى عمر، ووصى عمر رضي الله عنه إلى أهل الشورى[2] رضي الله عنهم، ورضيت الصحابة رضي الله عنهم بذلك.

فصل [الإيصاء]:

ومن ثبتت له الولاية في مال ولده ولم يكن له ولي بعده جاز له أن يوصي إلى من ينظر في ماله، لما روى سفيان بن عيينة رضي الله عنه عن هشام بن عروة قال: أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب النبي ﷺ، منهم عثمانُ والمقدادُ

---

(١) الوصية: مأخوذة من قولهم: وصيت الرجل، آصيه، إذا وصلته، لأن الموصي يصل ما كان منه في حياته بما بعده من مماته. (النظم ١/ ٤٤٩)، والوِصاية بالكسر، وبالفتح لغة، وهو وصي فلان، فعيل بمعنى مفعول، وجمعه الأوصياء، وأوصيت له بمال: جعلته له، وأوصيته بولده: استعطفته عليه، وأوصيته بالصلاة أمرته بها، والوصية بالخلافة أن يعهد لمن يصلح لها من بعده بتوليها، والوصية بالمال: التبرع به بعد الموت. (المجموع ١٥/ ٣٣).

(٢) الشورى: هي فعلى من المشورة، يقال شاورته في الأمر، واستشرته إذا استعنت به في التدبير، واشتقاقه من شرت العسل إذا استخرجته من بيت النحل. (النظم ١/ ٤٤٩).

وعبدُ الرحمن بنُ عوف وابنُ مسعود رضي الله عنهم[1]، فكان يحفظ عليهم أموالهم، وينفق على أبنائهم من ماله[2]، وإن كان له جد لم يجز أن يوصي إلى غيره، لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع فلا يجوز نقلها عنه بالوصية[3].

فصل [ولاية التزويج لا وصية فيها]:

ومن ثبت له الولاية في تزويج ابنته لم يجز أن يوصي إلى من يزوجها، وقال أبو ثور: يجوز كما يجوز أن يوصي إلى من ينظر في مالها، وهذا خطأ، لما روى ابن عمر قال زوجني قدامة بن مظعون ابنة أخيه عثمان بن مظعون، فأتى قدامة رسول الله ﷺ فقال: أنا عمها ووصي أبيها، وقد زوجتها من عبد الله بن عمر، فقال ﷺ: «إنها يتيمة لا تنكح إلاَّ بإذنها»[4]، ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع فلا يجوز نقلها بالوصية كالوصية بالنظر في المال مع وجود الجد.

فصل [النيابة مثل الوصايا]:

ومن عليه حق يدخله النيابة، من دين آدمي أو حج أو زكاة أو رد وديعة، جاز أن يوصي إلى من يؤدي عنه، لأنه إذا جاز أن يوصي في حق غيره، فلأن يجوز في خاصة نفسه أولى.

فصل [الوصية من مالك]:

ومن ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة ملك الوصية بثلثه في وجوه

---

(١) أخرج البيهقي عن هشام بن عروة عن أبيه أن ابن مسعود أوصى إلى الزبير وإلى ابنه عبد الله. (سنن البيهقي ٦/ ٢٨٢).

(٢) خبر سفيان بن عيينة أخرجه أحمد عن سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه. (المجموع ١٥/ ٣٤)، وفي النص عند المصنف نقص «عن عروة عن أبيه».

(٣) انظر: الروضة ٦/ ٣١٥، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٦.

(٤) حديث ابن عمر رواه أحمد ٢/ ١٣٠، والدارقطني (٣/ ٢٣٠)، وقال الهيثمي: ورجال أحمد ثقات. (المجموع ١٥/ ٣٦).

البر[1]، لما روى عامر بن سعد[2] عن أبيه قال: مرضت مرضاً أشرفت منه على الموت، فأتاني رسول الله ﷺ يعودني، فقلت: يا رسول الله، لي مال كثير وليس يرثني إلاَّ ابنتي أفأتصدق بمالي كله؟ قال: لا، قلت: أتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: أتصدق بالشطر؟ قال: لا، قلت: أتصدقُ بالثلثِ؟ قال: «الثلثُ، والثلثُ كثير، إنكَ أن تترك ورثتك أغنياءَ[3] خيرٌ من أن تتركهم عالةً يتكففون الناس»[4]، ولا يجب ذلك لقوله تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضُهمْ أوْلى ببعضٍ في كتابِ الله من المؤمنين والمهاجرينَ إلاَّ أنْ تَفْعلوا إلى أوليائكم معروفاً﴾ [الأحزاب: ٦]، وفسر بالوصية، فجعل ذلك إليهم، فدل على أنها لا تجب، ولأنه عطية لا تلزم في حياته، فلم تلزم الوصية به، قياساً على ما زاد على

(١) قال النووي: «تصح وصية كل مكلف حر». (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٣٩)، وانظر: الروضة ٦/ ٩٧.

(٢) في المطبوعة: سعيد، وهو تصحيف، وجاء اللفظ صحيحاً في المجموع (١٥/ ٣٧).

(٣) أن تترك: بفتح أن، وهو مبتدأ، وخبره خير أي تركك ورثتك أغنياء خير، ومن روى بكسر «إن» فهو شرط، وجوابه محذوف تقديره «فهو خير». (النظم ١/ ٤٤٩).

(٤) حديث عامر بن سعد رواه البخاري (٣/ ١٠٠٦ كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء، وباب الوصية بالثلث)، ومسلم (١١/ ٧٦ كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث)، ورواه أحمد وأصحاب السنن والبيهقي والشافعي (المجموع ١٥/ ٣٨، سنن البيهقي ٦/ ٢٦٨، بدائع المنن ٢/ ٢٢٢، سنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٣ كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، جامع الترمذي ٦/ ٣٠٠ كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث).

وقوله: «عالة يتكففون الناس» عالة: جمع عائل، وهو الفقير، والعيلة والعالة: الفاقة والفقر، قال الله تعالى: ﴿وإن خفتم عَيْلَة﴾ [التوبة: ٢٨]، أي فقراً، ويتكففون: فيه تأويلات، أحدها: يأتونهم من كنفهم أي من جوانبهم وأطرافهم، مأخوذ من كفة القميص، وهو طرفه وحاشيته، ثانيها: أن يسألوهم فيمدون إليهم أكفهم، ثالثها: أن يسألوا الناس ما في أكفهم، فهذان مأخوذان من الكف باختلاف المعنى، رابعها: أن يسألوهم كفاً كفاً من طعام، خامسها: أن يسألوهم ما يكفون به الجوعة، يقال: تكففت السائل، واستكف إذا بسط كفه للسؤال، أو طلب ما يكف به الجوعة. (النظم ١/ ٤٤٩).

الثلث[1].

فصل [الورثة فقراء، فالمستحب أقل من الثلث]:

وإن كان ورثته فقراء فالمستحب أن لا يستوفي الثلث، لقوله ﷺ: «الثلثُ كثير، إنّك أن تتركَ ورثتَك أغنياءَ خيرٌ من أنْ تتركهم عالةً يتكفَّفون النَّاس»[2]، فاستكثر الثلث، وكره أن يترك ورثته فقراء، فدل على أن المستحب أن لا يستوفي الثلث، وعن علي رضي الله عنه أنه قال: لأن أوصي بالخمس أحب إليَّ من أن أوصي بالثلث[3]، وإن كان الورثة أغنياء فالمستحب أن يستوفي الثلث؛ لأنه لما كره الثلث إذا كانوا فقراء دل على أنه يستحب إذا كانوا أغنياء أن يستوفيه[4].

فصل [النهي عن الإضرار بالوصية]:

وينبغي لمن رأى المريض يَجْنَف في الوصية[5]، أن ينهاه، لقوله تعالى: ﴿وليخشَ الذين لو تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهم ذُرِّيةً ضعافاً خافُوا عليهم فليتقُوا اللَّهَ وليقولُوا قولاً سديداً﴾[6] [النساء: ٩]، قال أهل التفسير: إذا رأى المريض يجنف على ولده أن يقول: اتقِ الله ولا توص بمالك كله، ولأن النبي ﷺ نهى سعداً عن الزيادة على الثلث.

---

(١) الوصية مستحبة لمن له مال، وتعجيل الصدقة في الصحة، ثم في الحياة أفضل. (الروضة ٦/ ٩٧).

(٢) هذا حديث صحيح، وسبق بيانه في الفصل السابق ص ٧٠٥ هـ ٤.

(٣) أثر علي رضي الله عنه رواه البيهقي (٦/ ٢٧٠).

(٤) بيّن النووي أن الأحسن أن تنقص الوصية عن الثلث مطلقاً، ثم قال: «وقيل إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث، وإلاّ فيستحب النقص منه». (الروضة ٦/ ١٢٢).

(٥) الجنف: الميل، وقد جنِف بالكسر يَجْنَف جنفاً، كسمع يسمع، إذا جار، قال الله تعالى: ﴿فمن خاف من موصٍ جَنفاً﴾ [البقرة: ١٨٢]. (النظم ١/ ٤٥٠).

(٦) السداد ضد الفساد، أي قولاً قصداً مستقيماً لا ميل فيه. (النظم ١/ ٤٥٠).

فصل [تقديم العطاء أفضل]:

والأفضل أن يقدم ما يوصي به من البر في حياته، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: سُئل رسولُ الله ﷺ أي الصدقةِ أفضل؟ قال: : «أنْ تتصدقَ، وأنت صحيحٌ شحيحٌ، تأملُ الغنى وتخْشَى الفقر، ولا تُمْهِل[(١)] حتى إذا بلغتِ الحُلْقومَ قلتَ: لفلان كذا، ولفلان كذا»[(٢)] ولأنه لا يأمن إذا وصى به أن يفرط به بعد موته، فإن اختار أن يوصي فالمستحب أن لا يؤخر الوصية، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ما حقُّ امرئٍ مسلمٍ عندَه شيءٌ يُوصى يَبيتُ ليلتين إلاَّ ووصيتُه مكتوبةٌ عنده»[(٣)]، ولأنه إذا أخر لم يأمن أن يموت فجأة فتفوته.

فصل [من لا تصح وصيته]:

وأما من لا يجوز تصرفه في المال، فإن كان ممن لا يميز كالمعتوه[(٤)]

---

(١) لا تمهل: لا تؤخر، قال تعالى: ﴿فمهل الكافرين أمهلهم رويداً﴾ [الطارق: ١٧]، وأمهله: أنظره، والاسم المهلة، وتمهل في أمره أتأد، والشح بخل مع حرص. (النظم ١/ ٤٥٠، المجموع ١٥/ ٤٣).

(٢) حديث أبي هريرة أخرجه البخاري (٢/ ٥١٥ كتاب الزكاة، باب أي الصدقة أفضل، وصدقة الشحيح البخيل، ٣/ ١٠٠٨ كتاب الوصايا، باب الصدقة عند الموت)، ومسلم (٧/ ١٢٣ كتاب الزكاة، باب أن أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح)، ورواه أحمد وأصحاب السنن إلاَّ الترمذي. (المجموع ١٥/ ٤٣).

(٣) حديث ابن عمر أخرجه البخاري (٣/ ١٠٠٥ كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده)، ومسلم (١١/ ٧٤ كتاب الوصية، الباب الأول)، وأخرجه أحمد وأصحاب السنن والشافعي (المجموع ١٥/ ٤٤، بدائع المنن ٢/ ٢٢١، جامع الترمذي ٦/ ٣٠٥ كتاب الوصايا، باب الحث على الوصية، سنن البيهقي ٦/ ٢٧٢، التلخيص الحبير ٣/ ٩١).

(٤) المعتوه: الناقص العقل، والتعته: التجنن والرعونة، وقد عته، ورجل معتوه بين العته. (النظم ١/ ٤٥٠).

والمبرسم[1] ومن عاين الموت، لم تصح وصيته، لأن الوصية تتعلق صحتها بالقول، ولا قول لمن لا يميز، ولهذا لا يصح إسلامه ولا توبته، فلم تصح وصيته[2].

فإن كان صبياً مميزاً أو بالغاً مبذراً، ففيه قولان، أحدهما: لا تصح وصيته، لأنه تصرف في المال، فلم يصح من الصبي والمبذر كالهبة، والثاني: تصح، لأنه إنما منع من التصرف خوفاً من إضاعة المال، وليس في الوصية إضاعة المال، لأنه إن عاش فهو على ملكه، وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب، وقد حصل له ذلك بالوصية[3].

فصل [وصية بما زاد عن الثلث]:

وأما إذا أوصى بما زاد على الثلث، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث، لأن ماله ميراث للمسلمين ولا مجيز له منهم، فبطلت[4].

فإن كان له وارث، ففيه قولان، أحدهما: أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث، لأن النبي ﷺ نهى سعداً عن الوصية بما زاد على الثلث[5]، والنهي يقتضي

---

(١) المبرسم: الذي به البرسام، وهو علة معروفة تزيل العقل، وهي ورم يصيب الدماغ نفسه، ويتقدمها حمى مطبقة دائمة مع ثقل الرأس، وحمرة شديدة، وصداع وكراهية الضوء، فيزيل العقل، وقيل: إنه أثر الموت، لأن بر بالسريانية: الابن، والسام: الموت، ومنه الحديث في الحبة السوداء: «إنها شفاء من كل داء إلاَّ السام، قيل: وما السام؟ قال: الموت». يقال: برسم الرجل فهو مبرسم. (النظم ١/ ٤٥٠).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٣٩، الروضة ٦/ ٩٧.

(٣) القول الأول هو الراجح، ولا تصح وصية الصبي المميز على الأظهر عند الأكثرين، وفي قول: تصح، نص عليه في «الإملاء»، ورجحه جمع من الأصحاب، أما المحجور عليه لسفه فتصح على المذهب. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٣٩، الروضة ٦/ ٩٧).

(٤) انظر: الروضة ٦/ ١٠٨.

(٥) الحديث صحيح، وسبق بيانه ص ٧٠٥ هـ ٤.

الفساد، وليست الزيادة مالاً للوارث، فلم تصح وصيته به، كما لو أوصى بمال للوارث من غير الميراث، والثاني: أنها تصح وتقف على إجازة الوارث، فإن أجاز نفذت، وإن ردها بطلت، لأن الوصية صادفت ملكه، وإنما يتعلق بها حق الوارث في الثاني، فصحت ووقفت الإجازة، كما لو باع ما فيه شفعة[١].

فإن قلنا على أنها باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة، يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذي تنعقد به الهبة، ويعتبر في لزومها القبض[٢]، وإن كانت الوصية عتقاً لم يصح إلاّ بلفظ العتق، ويكون الولاء فيه للوارث، وإن قلنا: إنها تصح كانت الإجازة إمضاء لما وصى به الموصي وتصح بلفظ الإجازة، كما يصح العفو عن الشفعة بلفظ العفو، فإن كانت الوصية عتقاً كان الولاء للموصي.

ولا يصح الرد والإجازة إلاّ بعد الموت، لأنه لا حق له قبل الموت فلم يصح إسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع[٣].

فـصـل [إجازة الوارث]:

فإن أجاز الوارث ما زاد على الثلث ثم قال: أجزت، لأني ظننت أن المال قليل، وأن ثلثه قليل، وقد بان أنه كثير، لزمت الإجازة فيما علم، والقول قوله فيما لم يعلم مـع يمينه، فإذا حلف لم يلزمه؛ لأن الإجازة في أحد القولين هبة، وفي الثاني إسقاط[٤]، والجميع لا يصح مع الجهل به.

وإن وصى بعبد فأجازه الوارث، ثم قال: أجزت لأني ظننت أن المال كثير، وقد بان أنه قليل، ففيه قولان، أحدهما: أن القول قوله كالمسألة قبلها، والثاني:

---

(١) القول الثاني هو الراجح، وتصح الوصية بما زاد عن الثلث، وتقف على إجازة الوارث. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٧، الروضة ٦/ ١٠٨).

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٧.

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٤.

(٤) سبق في الفصل السابق أن الإجازة. إسقاط في الراجح، وقيل: هبة مبتدأة.

أنه يلزمه الوصية، لأنه عرف ما أجازه، ويخالف المسألة قبلها، فإن هناك لم يعلم ما أجازه.

فـصـل [وقت تقدير المال]:

واختلف أصحابنا في الوقت الذي يعتبر فيه قدر المال لإخراج الثلث، فمنهم من قال: الاعتبار بقدر المال في حال الوصية، لأنه عقد يقتضي اعتبار قدر المال فكان الاعتبار فيه بحال العقد، كما لو نذر أن يتصدق بثلث ماله، فعلى هذا لو أوصى، وثلث ماله ألف فصار عند الوفاة ألفين لم تلزم الوصية في الزيادة، فإن وصى بألف ولا مال له ثم استفاد مالاً لم تتعلق به الوصية، وإن وصى وله مال فهلك ماله بطلت الوصية، ومنهم من قال: الاعتبار بقدر المال عند الموت، وهو المذهب، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها[1]، ولأنه لو وصى بثلث ماله ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثَّمَن، فلو كان الاعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثَّمَن، لأنه لم يكن حال الوصية، فعلى هذا لو وصى بثلث ماله، وماله ألف، فصار ألفين لزمت الوصية في ثلث الألفين، فإن وصى بمالٍ، ولا مال له، ثم استفاد مالاً تعلقت به الوصية، فإن وصى بثلثه وله مال ثم تلف ماله لم تبطل الوصية.

فـصـل [الوصية بغير قربة]:

وأما الوصية بما لا قربة فيه، كالوصية للكنيسة[2]، والوصية بالسلاح لأهل الحرب، فهي باطلة، لأن الوصية إنما جعلت له ليدرك بها ما فات، ويزيد بها الحسنات[3]، ولهذا روي أن النبـي ﷺ قال: «إن الله تعالى أعطاكم ثلث أموالكم

---

(١) قال النووي: «ويعتبر المال يوم الموت، وقيل يوم الوصية». (المنهاج ومغني المحتاج ٤٧/٣).

(٢) الكنيسة: مصلى اليهود. (النظم ٤٥١/١).

(٣) انظر: الروضة ٩٨/٦.

في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم»[١]، وما ذكرناه ليس من الحسناتِ، فلم تصح فيه الوصية، فإن وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة[٢]، ففيه وجهان، أحدهما: يصح، لأنه قصد تخصيصه بالتمليك، والثاني: لا يصح، لأن البيع من غير محاباة ليس بقربة فلم تصح الوصية به[٣]، وإن وصى لذمي جاز[٤]، لما روي أن صفية وصت لأخيها بثلثها ثلاثين ألفاً وكان يهودياً[٥]، ولأن الذمي موضع للقربة، ولهذا يجوز التصدق عليه بصدقة التطوع، فجازت له الوصية، فإن وصى لحربي ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا تصح الوصية، وهو قول أبي العباس بن القاص، لأن القصد بالوصية نفع الموصى له، وقد أمرنا بقتل الحربي وأخذ ماله فلا معنى للوصية له، والثاني: يصح، وهو المذهب، لأنه تمليك يصح للذمي فصح للحربي كالبيع[٦].

فصل [الوصية لقاتل]:

واختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى فيمن وصى لقاتله، فقال في أحد القولين: لا يجوز، لأنه مال يستحق بالموت فمنع القتل منه كالميراث، وقال في

---

(١) هذا الحديث أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٠)، والبيهقي (٦/ ٢٦٩)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٤ كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث)، وأحمد (٦/ ٤٤١)، والبزار (المجموع ١٥/ ٤٧). قال الحافظ ابن حجر: وإسناده ضعيف. (التلخيص الحبير ٣/ ٩١).

(٢) المحاباة: أن يضع له شيئاً من ثمن المبيع، مأخوذ من الحبا، وهو العطية. (النظم ١/ ٤٥١).

(٣) يبدو ترجيح الوجه الأول في صحة الوصية ببيع ماله من رجل من غير محاباة، لأنه قصد أمراً معيناً في التمليك والتخصيص.

(٤) قال النووي: «الوصية للذمي صحيحة بلا خلاف». (الروضة ٦/ ١٠٧)، وانظر: (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٣، الروضة ٦/ ٩٨، المجموع ١٥/ ٥٢).

(٥) خبر صفية رواه البيهقي (٦/ ٢٨١).

(٦) القول الثاني هو الراجح، وتصح الوصية للحربي على الأصح المنصوص. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٣، الروضة ٦/ ١٠٧).

الثاني: يجوز، لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يمنع القتل منه كالبيع[1]، فإن قتلت أم الولد مولاها عتقت، لأن عتقها ليس بوصية، بدليل أنه لا يعتبر من الثلث، فلم يمنع القتل منه، فإن قتل المدبر مولاه، فإن قلنا: إن التدبير عتق بالصفة عتق، لأنه ليس بوصية، وإنما هو عتق بصفة، وقد وجدت الصفة فعتق، وإن قلنا إنه وصية، وقلنا: إن الوصية للقاتل لا تجوز لم يعتق، وإن قلنا: إنها تجوز عتق من الثلث، فإن كان على رجل دين مؤجل فقتله صاحب الدين حل الدين، لأن الأجل حق للمقتول، لا حظ له في بقائه، بل الحظ في إسقاطه ليحل الدين، ويقضي فيتخلص منه.

فصل [الوصية لوارث]:

واختلف قوله في الوصية للوارث، فقال في أحد القولين: لا تصح، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا وصية لوارث»[2]، ولأنها وصية لا تلزم لحق الوارث، فلم تصح، كما لو أوصى بمال لهم من غير الميراث، فعلى هذا الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها ما يعتبر في الهبة، والثاني:

(١) القول الثاني هو الراجح، وتجوز الوصية للقاتل في الأظهر. (الروضة ٦/ ١٠٧، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٣).
وأما حديث «ليس لقاتل وصية» ففيه رجل وضاع، ذكره البيهقي ونبه عليه، وقال الحافظ ابن حجر: إسناده ضعيف جداً. (التلخيص الحبير ٣/ ٩٢، سنن البيهقي ٦/ ٢٨١).

(٢) حديث جابر أخرجه الدارقطني (٤/ ١٩٧)، وصوب إرساله، ورواه البيهقي (٦/ ٢٦٤)، وعنون به البخاري (٣/ ١٠٠٨ كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث).
وجاء هذا جزءاً من حديث أوله «إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث» رواه أبو داود (٢/ ١٠٣ كتاب الوصايا، باب الوصية لوارث)، والترمذي (٦/ ٣٠٩، ٣١٤ كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث)، والنسائي (٦/ ٢٠٧ كتاب الوصايا، باب إبطال الوصية لوارث)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٥ كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث)، والدارمي (٢/ ٨٧٧ كتاب الوصايا، باب الوصية للوارث)، وأحمد (٤/ ١٨٦، ١٨٧، ٢٣٨)، والبيهقي (٦/ ٢٦٤) قال الحافظ ابن حجر: «وهو حسن الإسناد». (التلخيص الحبير ٣/ ٩٢).

تصح[1]، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تجوز لوارث وصية إلاَّ إن شاء الورثة»[2] فدل على أنهم إذا شاؤوا كانت وصية، وليست الوصية في ملكه، وإنما يتعلق بها حق الورثة في الثاني، فلم يمنع صحتها كبيع ما فيه شفعة، فعلى هذا إذا أجاز الورثة نفذت الوصية.

فصل [الوصية لمن لا يملك]:

ولا تصح الوصية لمن لا يملك[3]، فإن وصى لميت لم تصح الوصية، لأنه تمليك فلم يصح للميت كالهبة، وإن وصى لحمل تيقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوصية، أو لستة أشهر وليست بفراش صحت الوصية[4]، لأنه يملك بالإرث فملك بالوصية[5]، وإن وضعته لستة أشهر وهي فراش لم تصح الوصية، لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية فلم تصح الوصية بالشك، فإن ألقته ميتاً لم تصح الوصية، لأنه لا يتيقن حياته حال الوصية، ولهذا لا يحكم له بالإرث فلم يحكم له بالملك بالوصية، فإن وصى لما تحمل هذه المرأة لم تصح الوصية، وقال أبو إسحاق: تصح، والمذهب الأول، لأنه تمليك لمن لا يملك فلم يصح[6].

---

(١) القول الثاني هو الراجح، وتصح الوصية للوارث إن أجاز بقية الورثة. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٣).

(٢) حديث ابن عباس أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٢)، والبيهقي (٦/ ٢٦٤)، ورواه أبو داود في المراسيل (التلخيص الحبير ٣/ ٩٢).

(٣) إن كانت الوصية لشخص فيشترط فيه أن يتصور له الملك. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٠، الروضة ٦/ ٩٩).

(٤) إذا لم تكن المرأة فراشاً فتصح الوصية إذا انفصل لدون أربع سنوات في الأظهر. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤١، الروضة ٦/ ٩٩).

(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٠، الروضة ٦/ ٩٩.

(٦) القول الأول هو الراجح، ولا تصح الوصية لما ستحمله المرأة، وفيه وجه ثالث. (الروضة ٦/ ١٠٠).

فصل [الوصية لمجهول]:

فإن قال: وصيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين لم يصح، لأنه تمليك لغير معين، فإن قال: أعطوا هذا العبد أحد هذين الرجلين جاز، لأنه ليس بتمليك، وإنما هو وصية بالتمليك، ولهذا لو قال بعت هذا العبد من أحد هذين الرجلين لم يصح، ولو قال لوكيله: بع هذا العبد من أحد هذين الرجلين جاز.

فصل [الوصية لعبد]:

فإن أوصى لعبده كانت الوصية لوارثه، لأن العبد لا يملك، فكانت الوصية للوارث[1]، وقد بيناه، فإن وصى لمكاتبه صحت الوصية، لأن المكاتب يملك المال بالعقد، فصحت له الوصية، فإن وصى لأم ولده صحت لأنها حرة عند الاستحقاق، فإن وصى لمدبره وعتق من الثلث صحت له الوصية، لأنه حر عند الموت، فهو كأم الولد، فإن لم يعتق كانت الوصية للوارث، وقد بيناه، فإن وصى لعبد غيره كانت الوصية لمولاه، وهل يصح قبوله من غير إذن المولى؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو الصحيح، أنه يصح ويملك به المولى كما يملك ما يصطاده بغير إذنه، والثاني: وهو قول أبـي سعيد الإصطخري، أنه لا يصح، لأنه تمليك للسيد بعقد فلم يصح القبول فيه من غير إذنه، وهل يصح قبول السيد؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأن الإيجاب للعبد فلم يصح قبول السيد كالإيجاب في البيع، والثاني: يصح، لأن القبول في الوصية يصح لغير من أوجب له، وهو الوارث بخلاف البيع.

فصل [الوصية بالمشاع]:

وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم، لأنه تمليك جزء من ماله، فجاز في

---

(١) إذا أوصي لعبد، واستمر رقه، فالوصية لسيده، والورثة هم السادة له بعد موت الموصي. (المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٤١).

المشاع والمقسوم كالبيع، ويجوز بالمجهول، كالحمل في البطن، واللبن في الضرع، وعبد من عبيد، وبما لا يقدر على تسليمه، كالطير الطائر والعبد الآبق[(١)]، لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في ثلثه، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له، فإن وصى بمال الكتابة جاز، لما ذكرناه فإن وصى برقبته فهو على القولين في بيعه.

فصل [الوصية بما تحمل]:

فإن وصى بما تحمله الجارية أو الشجرة صحت الوصية، لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة، فجاز أن يملك بالوصية، ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا: إن الاعتبار بحال الوصية لم تصح، لأنه لا يملك في الحال ما وصى به[(٢)].

فصل [الوصية بالمنافع]:

وتجوز الوصية بالمنافع، لأنا كالأعيان في الملك بالعقد والإرث، فكانت كالأعيان في الوصية[(٣)]، ويجوز بالعين دون المنفعة، وبالعين لواحد، وبالمنفعة لآخر؛ لأن المنفعة والعين كالعين فجاز فيهما ما جاز في العينين، ويجوز بمنفعة مقدرة بالمدة، وبمنفعة مؤبدة، لأن المقدرة كالعين المعلومة، والمؤبدة كالعين المجهولة، فصحت الوصية بالجميع[(٤)].

فصل [الوصية بما ينتفع به]:

وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات، كالسماد[(٥)] والزيت

---

(١) انظر: الروضة ٦/ ١١٧.

(٢) القول الأول هو الراجح، وتصح الوصية بما تحمله الشجرة أو الدابة في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٥، الروضة ٦/ ١١٧).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٥، الروضة ٦/ ١١٧.

(٤) انظر: الروضة ٦/ ١١٧.

(٥) السماد: هو سرجين ورماد، وتسميد الأرض أن يجعل فيها السماد. (النظم ١/ ٤٥٢).

النجس والكلب وجلد الميتة، لأنه يحل اقتناؤها للانتفاع بها، فجاز نقل اليد فيها بالوصية[1]، ولا يجوز بما لا يحل الانتفاع به، كالخمر والخنزير والكلب العقور، لأنه لا يحل الانتفاع بها، ولا تقر اليد عليها، فلم تجز الوصية بها[2].

فصل [تعليق الوصية على شرط]:

ويجوز تعليق الوصية على شرط في الحياة؛ لأنها تجوز في المجهول فجاز تعليقها بالشرط كالطلاق والعتاق، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت، لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة، فإذا جاز تعليقها على شرط في الحياة جاز بعد الموت.

فصل [لزوم الوصية]:

وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء لزمت بالموت، لأنه لا يمكن اعتبار القبول، فلم يعتبر، وإن كانت لمعين لم تلزم إلاَّ بالقبول؛ لأنه تمليك لمعين فلم يلزم من غير قبول كالبيع[3].

ولا يصح القبول إلاَّ بعد الموت، لأن الإيجاب بعد الموت، فكان القبول بعده، فإن قبل حكم له بالملك[4]، وفي وقت الملك قولان منصوصان، أحدهما: تملك بالموت والقبول، لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يقع الملك قبله كالهبة، والثاني: أنه موقوف، فإن قبل حكمنا بأنه ملك من حين الموت، لأنه لا يجوز أن يكون للموصي، لأن الميت لا يملك، ولا يجوز أن يكون للوارث، لأن الوارث لا يملك إلاَّ بعد الدين والوصية، ولا يجوز أن يكون للموصى له، لأنه لو انتقل إليه لم يملك رده كالميراث، فثبت أنه موقوف. وروى ابن عبد الحكم قولاً ثالثاً:

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٥، الروضة ٦/ ١١٨.

(٢) انظر: الروضة ٦/ ١١٨.

(٣) انظر: الروضة ٦/ ١٤١، ١٤٢، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٣.

(٤) انظر: الروضة ٦/ ١٤٢، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٤.

أنه يملك بالموت، ووجه أنه مال مستحق بالموت فانتقل به كالميراث[1].

فـصـل [رد الوصية]:

وإن رد نظرت، فإن كان في حياة الموصي لم يصح الرد، لأنه لا حق له، في حياته فلم يملك إسقاطه، كالشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع[2]، وإن رد بعد الموت وقبل القبول صح الرد؛ لأنه يثبت له الحق فملك إسقاطه كالشفيع إذا عفا عن الشفعة بعد البيع[3]، وإن رد بعد القبول وقبل القبض، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح الرد، لأنه ملكه ملكاً تاماً فلم يصح رده كما لو قبضه، والثاني: أنه يصح الرد وهو المنصوص، لأنه تمليك من جهة الآدمي من غير بدل فصح رده قبل القبض كالوقف[4]، وإن لم يقبل ولم يرد كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد، فإن امتنع من القبول والرد حكم عليه بالرد[5]، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة، كما لو تحجر أرضاً فامتنع من إحيائها، أو وقف في مشرعة ماء فلم يأخذ ولم ينصرف.

فـصـل [موت الموصى له]:

وإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية، ولا يقوم وارثه مقامه، لأنه مات قبل استحقاق الوصية، وإن مات بعد موته، وقبل القبول، قام وارثه مقامه في القبول والرد، لأنه خيار ثابت في تملك المال، فقام الوارث

---

(١) القول الثاني هو الراجح، وأن الملك موقوف بين الموت والقبول في الأظهر، ويكون الملك للوارث، وليس للميت على الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٤، الروضة ٦/ ١٤٣).

(٢) انظر: الروضة ٦/ ١٤٢.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) القول الأول هو الراجح، خلافاً لما رجحه المصنف، وقال: «وهو المنصوص» قال النووي: «أن يقع الرد بعد القبول وقبل القبض، فلا يصح الرد على الأصح». (الروضة ٦/ ١٤٢).

(٥) انظر: الروضة ٦/ ١٤٣.

مقامه، كخيار الشفعة[1].

بـــاب
ما يعتبر من الثلث

ما وصى به من التبرعات كالعتق، والهبة، والصدقة، والمحاباة في البيع، يعتبر من الثلث سواء كانت في حال الصحة أو في حال المرض، أو بعضها في الصحة وبعضها في المرض؛ لأن لزوم الجميع عند الموت[2].

فأما الواجبات من ديون الآدميين، وحقوق الله تعالى، كالحج، والزكاة، فإنه إن لم يوص بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث؛ لأنه إنما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة ولا حق للورثة مع الديون، فلم تعتبر من الثلث.

وإن وصى أن يؤدي ذلك من الثلث اعتبر من الثلث؛ لأنها في الأصل من رأس المال، فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير على الورثة، فاعتبرت من الثلث.

وإن وصى بها، ولم يقل: إنها من الثلث، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه تعتبر من الثلث، وهو ظاهر النص؛ لأنها من رأس المال، فلما وصى بها علم أنه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا، فجعل سبيلها سبيل الوصايا، والثاني: وهو قول أبـي علي بن أبـي هريرة أنه إن لم يقرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من رأس المال، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من الثلث؛ لأنها في الأصل من رأس المال، فإذا عريت عن القرينة بقيت على أصلها، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث علم أنه قصد أن يكون مصرفهما واحداً، والثالث أنه تعتبر من رأس المال، وهو الصحيح؛ لأنها في الأصل من رأس المال، والوصية بها تقتضي التأكيد والتذكار بها، والقرينة تقتضي التسوية بينهما في الفعل لا في السبيل، فبقيت على

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٤، الروضة ٦/ ١٤٣.

(٢) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٤٧، الروضة ٦/ ١٢٣.

أصلها[1].

فصل [التبرع في الحياة]:

وأما ما تبرع به في حياته ينظر فيه، فإن كان في حال الصحة، لم يعتبر من الثلث؛ لأنه مطلق التصرف في ماله، لا حق لأحد في ماله، فاعتبر من رأس المال، وإن كان ذلك في مرض غير مخوف لم يعتبر من الثلث؛ لأن الإنسان لا يخلو من عوارض، فكان حكمه حكم الصحيح، وإن كان ذلك في مرض مخوف، واتصل به الموت، اعتبر من الثلث، لما روى عمران بن الحصين «أن رجلاً أعتقَ ستةَ أعبدٍ له عندَ موتِه لم يكنْ له مال غيرُهم، فبلغ ذلك رسولَ اللّهِ ﷺ فقال للرجل قولاً شديداً، ثم دعاهم، فجزأهم، فأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة»[2]، ولأنه في هذه الحالة لا يأمن الموت، فجعل كحال الموت.

وإن برىء من المرض لم يعتبر من الثلث؛ لأنه قد بان أنه لم يكن في ماله حق أحد.

وإن وهب في الصحة، وأقبض في المرض، اعتبر من الثلث، لأنه لم يلزم إلاَّ بالقبض، وقد وجد ذلك منه في المرض.

---

(١) الوجه الثالث هو الراجح، وتكون الديون والواجبات من رأس المال سواء أوصى بها أو لم يوص. (الروضة ٦/ ١٣١).

(٢) حديث عمران بن حصين أخرجه مسلم (١١/ ١٣٩ كتاب الإيمان، باب صحبة المماليك)، وأبو داود (٢/ ٣٥٣ كتاب العتق، باب فيمن أعتق عبيداً له لم يبلغهم الثلث)، والترمذي (٤/ ٦٠١ كتاب الأحكام، باب فيمن يعتق مماليكه عند موته، وليس له مال غيرهم)، والنسائي (٤/ ٥١ كتاب الجنائز، باب الصلاة على من يحيف في وصيته)، ومالك (الموطأ ص ٤٨٤ كتاب العتق، باب من أعتق رقيقاً لا يملك غيرهم)، وأحمد (٤/ ٤٢٦، ٤٢٨، ٤٣١، ٤٣٨)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٩٣.

فصل [البيع في المرض]:

وإن باع في المرض بثمن المثل، أو تزوج امرأة بمهر المثل، صح العقد، ولم يعتبر العوض من الثلث؛ لأنه ليس بوصية؛ لأن الوصية أن يخرج مالاً من غير عوض، ولم يخرج ههنا شيئاً من غير عوض[1].

وإن كاتب عبداً اعتبر من الثلث؛ لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده، وهو مال له، فيصير كالعتق بغير عوض.

وإن وهب له من يعتق عليه في المرض المخوف، فقبله، اعتبر عتقه من الثلث، فإذا مات لم يرثه، وقال أبو العباس: يعتبر عتقه من رأس المال، ويرثه؛ لأنه ليس بوصية؛ لأنه لم يخرج من ملكه شيئاً بغير عوض، والمذهب الأول؛ لأنه ملكه بالقبول، وعتق عليه، والعتق في المرض وصية، والميراث والوصية لا يجتمعان، فلو ورثناه بطل عتقه، وإذا بطل العتق بطل الإرث، فأثبتنا العتق، وأبطلنا الإرث.

فصل [المرض المخوف]:

والمرض المخوف: كالطاعون[2]، والقولنج[3]، وذات الجنب[4]، والرعاف الدائم، والإسهال المتواتر، وقيام الدم[5]، ....

---

(١) انظر: الروضة ٦/ ١٣١.

(٢) الطاعون: هيجان الدم في بعضه، وقيل: إن قيام الدم أن ينصب إلى شيء من بدنه من يد أو رجل فيرم ويحمر. (النظم ١/ ٤٥٣).

(٣) القولنج: هو احتباس الغائط لانسداد المعى، المسمى قولون بالرومية، وهو فارسي معرب، لأن القاف والجيم لا يجتمعان في كلمة عربية واحدة. (النظم ١/ ٤٥٣).

(٤) ذات الجنب: داء يقع في الجنب فيرم وينتفخ، ويكون بقرب القلب يؤلم ألماً شديداً، وقيل: هو وجع تحت الأضلاع ناخس مع سعال وحمى، وقيل: هو قرح يخرج بباطن الجنب. (النظم ١/ ٤٥٣).

(٥) قيام الدم: من الحرارة المفرطة، وهو أن يجتمع في عضو. (النظم ١/ ٤٥٣).

والسل[1] في انتهائه، والفالج الحادث في ابتدائه، والحمى المطبقة[2]؛ لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معالجة الموت، فجعل كحال الموت[3].

فأما غيرالمخوف: فهو كالجرب، ووجع الضرس، والصداع اليسير، وحمى يوم أو يومين، وإسهال يوم أو يومين من غير دم، والسل قبل انتهائه، والفالج إذا طال؛ لأن هذه الأمراض يؤمن معها معاجلة الموت، فإذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض[4].

وإن أشكل شيء من هذه الأمراض رجع فيه إلى نفسين من أطباء المسلمين، ولا يقبل فيه قول الكافر[5].

وإن ضرب الحامل الطلق[6]، فهو مخوف؛ لأنه يخاف منه الموت، وفيه قول آخر أنه غير مخوف؛ لأن السلامة منه أكثر[7].

فصل [الوصية في الحرب]:

وإن كان في الحرب، وقد التحمت طائفتان متكافئتان، أو كان في البحر وتموّج، أو في أسر كفار يرون قتل الأسارى، أو قدم للقتل في المحاربة،

---

(١) السل: علة يهزل منها الجسم، يأخذ منه سعال. (النظم ١/ ٤٥٣).

(٢) الفالج: علة تأخذ من البرد، يرعد لها الجسد، وقيل: هو ذهاب الحس والحركة، عن بعض أعضائه، وهو الشلل. (النظم ١/ ٤٥٣).
والحمى المطبقة: تدوم ليلاً ونهاراً، ولا ترتفع، مأخوذ من تطابق الشيء على الشيء. (النظم ١/ ٤٥٣).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٠ وما بعدها، الروضة ٦/ ١٢٣ وما بعدها.

(٤) انظر: الروضة ٦/ ١٢٦ وما بعدها.

(٥) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٠، الروضة ٦/ ١٢٨.

(٦) الطلق: وجه الولادة. (النظم ١/ ٤٥٣).

(٧) القول الأول هو الراجح، فالحامل قبل الطلق ليست في حال خوف، إن ضربها الطلق فالأظهر أنه مخوف. (الروضة ٦/ ١٢٨، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٢).

أو الرجم في الزنا، ففيه قولان، أحدهما: أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث؛ لأنه لا يأمن الموت كما لا يأمن في المرض المخوف، والثاني: أنه كالصحيح؛ لأنه لم يحدث في جسمه ما يخاف منه الموت[(١)].

فإن قدم لقتل القصاص فالمنصوص أنه لا يعتبر عطيته من الثلث ما لم يجرح، واختلف أصحابنا فيه على طريقين، فقال أبو إسحاق: هي على قولين، قياساً على الأسير في يد كفار يرون قتل الأسارى، ومن أصحابنا من قال: لا تعتبر عطيته من الثلث؛ لأنه غير مخوف؛ لأن الغالب من حال المسلم أنه إذا قدر رحم وعفا، فصار كالأسير في يد من لا يرى قتل الأسارى[(٢)].

فصل [عجز الثلث عن التبرعات]:

وإن عجز الثلث عن التبرعات، لم يخل إما أن يكون في التبرعات المنجزة في المرض، أو في الوصايا، فإن كان في التبرعات المنجزة في المرض، فإن كانت في وقت واحد نظرتَ: فإن كانت هبات أو محاباة قسم الثلث بين الجميع لتساويهما في اللزوم، فإن كانت متفاضلة المقدار قسم الثلث عليها على التفاضل، وإن كانت متساوية قسم بينها على التساوي، كما يفعل في الديون[(٣)].

وإن كان عتقاً في عبيد أقرع بينهم، لما ذكرناه من حديث عمران بن الحصين[(٤)]، ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام، ولا يحصل ذلك إلاَّ بما ذكرناه[(٥)].

---

(١) القول الأول هو الراجح، والأظهر إلحاقها بالمخوف. (الروضة ٦/ ١٢٧).
(٢) أصح الطريقين أن المسألة على قولين، والأظهر إلحاقها بالمخوف. (الروضة ٦/ ١٢٧).
(٣) انظر: الروضة ٦/ ١٣٥، ١٣٦.
(٤) الحديث صحيح، وسبق بيانه ص ٧١٩ هامش ٢، وفي المطبوعة: عمران أبـي الحصين، وهو خطأ مطبعي، وورد صحيحاً في (المجموع ١٥/ ٨٢).
(٥) انظر: الروضة ٦/ ١٣٥.

فإن وقعت متفرقة قدم الأول فالأول عتقاً كان أو غيره؛ لأن الأول سبق فاستحق به الثلث فلم يجز إسقاطه بما بعده، فإن كان له عبدان سالم وغانم، فقال لسالم: إن أعتقت غانماً فأنت حر، ثم أعتق غانماً، قدم عتق غانم؛ لأن عتقه سابق، فإن قال: إن أعتقت غانماً، فأنت حر حال عتق غانم، ثم أعتق غانماً، فقد قال بعض أصحابنا: يعتق غانم؛ لأن عتقه غير متعلق بعتق غيره وعتق سالم متعلق بعتق غيره، فإذا أعتقناهما في وقت واحد احتجنا أن نقرع بينهما، فربما خرجت القرعة على سالم، فيبطل عتق غانم، وإذا بطل عتقه بطل عتق سالم، فيؤدي إثباته إلى نفيه، فسقط، ويبقى عتق غانم؛ لأنه أصل، ويحتمل عندي أنه لا يعتق واحد منهما؛ لأنه جعل عتقهما في وقت واحد، ولا يمكن أن نقرع بينهما لما ذكرناه، ولا يمكن تقديم عتق أحدهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر بالسبق، فوجب أن يسقطا[1].

وإن كانت التبرعات وصايا وعجز الثلث عنها لم يقدم بعضها على بعض بالسبق؛ لأن ما تقدم وما تأخر يلزم في وقت واحد، وهو بعد الموت، فإن كانت كلها هبات، أو كلها محاباة، أو بعضها هبات، وبعضها محاباة قسم الثلث بين الجميع على التفاضل إن تفاضلت، وعلى التساوي إن تساوت[2].

وإن كان الجميع عتقاً أقرع بين العبيد، لما ذكرناه في القسم قبله، وإن كان بعضها عتقاً، وبعضها محاباة، أو هبات، ففيه قولان، أحدهما: أن الثلث يقسم بين الجميع، لأن الجميع يعتبر من الثلث، ويلزم في وقت واحد، والثاني: يقدم العتق بما له من القوة[3].

---

(١) القول الأول هو الراجح، والصحيح أنه لا قرعة، بل يتعين غانم للعتق. (الروضة ٦/ ١٣٧).

(٢) انظر: الروضة ٦/ ١٣٥.

(٣) القول الأول هو الراجح، ويقسم الثلث بين الجميع. (الروضة ٦/ ١٣٥).

وإن كان بعضها كتابة، وبعضها هبات، ففيه طريقان، أحدهما: أنه لا تقدم الكتابة؛ لأنه ليس له قوة وسراية فلم تقدم كالهبات، والثاني: أنها على قولين؛ لأنها تتضمن العتق، فكانت كالعتق[١].

فـصـل [الوصية بالحج من الثلث]:

وإن وصى أن يحج عنه حجة الإسلام من الثلث، أو يقضى دينه من الثلث، ووصى معها بتبرعات، ففيه وجهان، أحدها: يقسط الثلث على الجميع؛ لأن الجميع يعتبر من الثلث، فإن كان ما يخص الحج، أو الدين من الثلث لا يكفي، تمم من رأس المال، لأنه في الأصل من رأس المال، وإنما اعتبر من الثلث بالوصية، فإذا عجز الثلث عنه وجب أن يتمم من أصل المال، والثاني: يقدم الحج والدين؛ لأنه واجب ثم يصرف ما فضل في الوصايا[٢].

فـصـل [الوصية مع مال حاضر وغائب]:

وإن وصى لرجل بمال، وله مال حاضر ومال غائب، أوله عين ودين، دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين، وإلى الورثة الثلثان، وكل ما حضر من الغائب، أو نضَّ من الدين شيء قسم بين الورثة والموصى له؛ لأن الموصى له شريك الورثة بالثلث، فصار كالشريك في المال، وإن وصى لرجل بمائة دينار، وله مائة حاضرة وله ألف غائبة، فللموصى له ثلث الحاضرة، ويوقف الثلثان لأن الموصى له شريك الوارث في المال، فصار كالشريك في المال.

وإن أراد الموصى له التصرف في ثلث المائة الحاضرة، ففيه وجهان،

---

(١) الطريق الثاني هو الراجح، وأن الكتابة مع الهبة وسائر الوصايا كالعتق، فتكون على قولين، والراجح عدم التقديم، بل قسمة الثلث على الجميع. (الروضة ٦/ ١٣٦).

(٢) في الكلام تفصيل، ويرجح القول الثاني، ويحسب الحج والدين من رأس المال عند الإطلاق، فإن أضافها إلى الثلث قضيت منه، وتتضمن هذه الوصية ترفيهاً للورثة بتوفير الثلثين. (الروضة ٦/ ١٩٦، المنهاج ومغني المحتاج ٢/ ٦٧).

أحدهما: يجوز؛ لأن الوصية في ثلث الحاضرة ماضية، فمكن من التصرف فيه، والثاني: لا يجوز؛ لأنا منعنا الورثة من التصرف في الثلثين الموقوفين فوجب أن نمنع الموصى له من التصرف في الثلث[1].

وإن دبر عبداً قيمته مائة، وله مائتان غائبة، ففيه وجهان أحدهما: يعتق ثلث العبد؛ لأن عتق ثلثه مستحق بكل حال، والثاني: وهو ظاهر المذهب، أنه لا يعتق؛ لأنا لو أعتقنا الثلث حصل للموصى له الثلث، ولم يحصل للورثة مثلاه، وهذا لا يجوز.

فصل [الوصية واستحقاق المال]:

وإن وصى له بثلث عبد، فاستحق ثلثاه، وثلث ماله يحتمل الثلث الباقي من العبد، نفذت الوصية فيه على المنصوص، وقال أبو ثور وأبو العباس: لا تنفذ الوصية إلاَّ في ثلث الباقي، كما لو وصى بثلث ماله ثم استحق من ماله الثلثان، والمذهب الأول؛ لأن ثلث العبد ملكه وثلث ماله يحتمله، فنفذت الوصية فيه، كما لو أوصى له بعبد يحتمله الثلث، ويخالف هذا إذا أوصى بثلث ماله، ثم استحق ثلثاه؛ لأن الوصية هناك بثلث ماله وماله هو الباقي بعد الاستحقاق، وليس كذلك ههنا، لأنه يملك الباقي، وله مال غيره يخرج الباقي من ثلثه.

فصل [الوصية بمنفعة]:

وإن وصى له بمنفعة عبد سنة ففي اعتبارها من الثلث، وجهان، أحدهما: يُقوّم العبد كامل المنفعة، ويُقوَّم مسلوب المنفعة في مدة سنة، ويعتبر ما بينهما من الثلث، والثاني: تقوّم المنفعة فيعتبر قدرها من الثلث، ولا تقوَّم الرقبة؛ لأن الموصى به هو المنفعة فلا يقوم غيرها[2].

---

(١) يبدو ترجيح الوجه الثاني بمنع الموصى له من التصرف كالورثة حتى يحضر المال الغائب.

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، فإن أوصى بمنفعة الشيء مدة قوّم بمنفعته، ثم حالة سلب المنفعة تلك المدة، ويحسب الناقص من الثلث. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٦).

وإن وصى له بمنفعة عبد على التأبيد، ففي اعتبار منفعته من الثلث ثلاثة أوجه، أحدها: تقوّم المنفعة في حق الموصى له والرقبة مسلوبة المنفعة في حق الوارث؛ لأن الموصى له ملك المنفعة والوارث ملك الرقبة، وينظركم قدر التركة مع قيمة الرقبة مسلوبة المنفعة، وينظر قيمة المنفعة فتعتبر من الثلث، والثاني: تقوم المنفعة في حق الموصى له لأنه ملكها بالوصية ولا تقوم الرقبة في حق الموصى له لأنه لم يملكها ولا في حق الوارث لأنها مسلوبة المنفعة في حقه لا فائدة له فيها، فعلى هذا ينظر كم قدر التركة، وقيمة المنفعة، فتعتبر من الثلث، والثالث: وهو المنصوص، تقوم الرقبة بمنافعها في حق الموصى له؛ لأن المقصود من الرقبة منفعتها، فصار كما لو كانت الرقبة له، فقومت في حقه، وينظر قدر التركة فتعتبر قيمة الرقبة من ثلثها(١).

وإن وصى بالرقبة لواحد، وبالمنفعة لواحد، قوّمت الرقبة في حق من وصى له بها، والمنفعة في حق من وصى له بها؛ لأن كل واحد منهما يملك ما وصى له به فاعتبر قيمتهما من الثلث.

فصل [الوصية بثمرة البستان]:

وإن وصى له بثمرة بستانه، فإن كانت موجودة اعتبرت قيمتها من الثلث، وإن لم تخلق، فإن كانت على التأبيد ففي التقويم وجهان، أحدهما: يقوم جميع البستان، والثاني: يقوم كامل المنفعة ثم يقوم مسلوب المنفعة، ويعتبر ما بينهما من الثلث(٢).

فإن احتمله الثلث نفذت الوصية فيما بقي من البستان، وإن احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشاركه فيه الورثة فإن كان الذي يحتمله

---

(١) الوجه الثالث هو الراجح، وتعتبر قيمة العبد كلها من الثلث إن أوصى بمنفعته أبداً. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٦).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ويقوم جميع البستان، كما سبق في الهامش ١.

النصف كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف وللورثة النصف، والله أعلم.

بـــاب
جامع الوصايا

إذا وصى لجيرانه صرف إلى أربعين داراً من كل جانب، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «حق الجوار أربعون داراً هكذا، وهكذا، وهكذا، وهكذا، يميناً وشمالاً وقداماً وخلفاً»(١).

فـصـل [الوصية للقراء والعلماء]:

وإن وصى لقراء القرآن صرف إلى من يقرأ جميع القرآن، وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه؟ فيه وجهان، أحدهما: يدخل فيه لعموم اللفظ، والثاني: لا يدخل فيه، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلاَّ على من يحفظه(٢).

وإن وصى للعلماء صرف إلى علماء الشرع؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلاَّ عليهم، ولا يدخل فيه من يسمع الحديث، ولا يعرف طرقه(٣)؛ لأن سماع الحديث من غير علم بطرقه ليس بعلم(٤).

---

(١) حديث أبي هريرة أخرجه أبو يعلى، وأفاد الهيثمي أنه حديث ضعيف، فيعمل به في فضائل الأعمال، أو عند من يقول بتقديم الحديث الضعيف على الاجتهاد، وهو قول الإمام أحمد وبعض الفقهاء، أو تكون العبرة للعرف واللغة، وقال الشربيني: «رواه أبو داود وغيره مرسلاً، وله طرق تقويه». (مغني المحتاج ٣/ ٥٩)، والحكم نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٨، المجموع ١٥/ ٣٩٧).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، والأصح منع الصرف لمن يقرأ القرآن ولا يحفظه. (الروضة ٦/ ١٦٨؛ الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٤).

(٣) الطرق: هي اختلاف الأسانيد وكثرة الرواة وقلتهم، ومعرفة العدل، والمجروح منهم وغير ذلك. (النظم ١/ ٤٥٥).

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٩، ٦٠، الروضة ٦/ ١٦٩.

فـصـل [الوصية للأيتام]:

فإن وصى للأيتام لم يدخل فيه من له أب؛ لأن اليتيم في بني آدم فقد الأب، ولا يدخل فيه بالغ، لقوله ﷺ: «لا يتم بعد الحلم»[(١)]، وهل يدخل فيه الغني؟ فيه وجهان، أحدهما: يدخل فيه، لأنه تيتم بفقد الأب، والثاني: لا يدخل فيه؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف على غني[(٢)].

فإن وصى للأرامل دخل فيه من لا زوج لها من النساء، وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يدخل فيه؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف على الرجال، والثاني: يدخل فيه؛ لأنه قد يسمى الرجل أرملاً[(٣)]، كما قال الشاعر:

كـلُ الأرامـلِ قـد قضيـت حـاجتهـم ... فمـن لحـاجـة هـذا الأرمـل الـذكـر

وهل يدخل فيه من لها مال؟ على وجهين، كما قلنا في الأيتام[(٤)].

فـصـل [الوصية للشيوخ والشباب]:

وإن وصى للشيوخ، أعطى من جاوز الأربعين، وإن وصى للفتيان والشباب، أعطى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين، وإن وصى للغلمان والصبيان، أعطى من لم يبلغ؛ لأن هذه الأسماء لا تطلق في العرف إلاّ على ما ذكرناه.

فـصـل [الوصية للفقراء]:

وإن وصى للفقراء جاز أن يدفع إلى الفقراء والمساكين، وإن وصى

---

(١) هذا الحديث رواه أبو داود عن علي رضي الله عنه قال: حفظت عن رسول الله ﷺ «لا يُتْم بعد احتلام، ولا صمات يوم إلى الليل». (٢/ ١٠٤ كتاب الوصايا، باب متى ينقطع اليُتم).

(٢) الوجه الأول هو الراجح، ويدخل اليتيم الغني في الوصية للأيتام. (الروضة ٦/ ١٨١).

(٣) الوجه الأول هو الراجح، ولا يدخل الرجل في الأرامل في الأصح. (الروضة ٦/ ١٨٢).

(٤) سبق بيان أنه يدخل من لها مال في الأصح، وقطع إمام الحرمين هنا اشتراط عدم المال. (الروضة ٦/ ١٨١).

للمساكين جاز أن يدفع إلى المساكين والفقراء، لأن كل واحد من الاسمين يطلق على الفريقين[1]، وإن وصى للفقراء والمساكين جمع بين الفريقين في العطية؛ لأنها الجمع بينهما يقتضي الجمع في العطية، كما قلنا في آية الصدقات.

وإن وصى لسبيل الله تعالى دفع إلى الغزاة من أهل الصدقات، لأنه قد ثبت لهم هذا الاسم في عرف الشرع.

فإن وصى للرقاب دفع إلى المكاتبين؛ لأن الرقاب في عرف الشرع اسم للمكاتبين، وإن وصى لأحد هذه الأصناف دفع إلى ثلاثة منهم، لأنه قد ثبت لهذه الألفاظ عرف الشرع في ثلاثة، وهو في الزكاة فحملت الوصية عليها[2].

فإن وصى لزيد والفقراء، فقد قال الشافعي رحمه الله: هو كأحدهم، فمن أصحابنا من قال: هو بظاهره أنه يكون كأحدهم يدفع إليه ما يدفع إلى أحدهم، لأنه أضاف إليه وإليهم فوجب أن يكون كأحدهم، ومنهم من قال: يصرف إلى زيد نصف الثلث، ويصرف النصف إلى الفقراء؛ لأنه أضاف إليه وإليهم، فوجب أن يساويهم، ومنهم من قال: يصرف إليه الربع، ويصرف ثلاثة أرباعه إلى الفقراء، لأن أقل الفقراء ثلاثة، فكأنه وصى لأربعة، فكان حق كل واحد منهم الربع[3].

وإن وصى لزيد بدينار، وبثلثه للفقراء، وزيد فقير لم يعط غير الدينار، لأنه قطع الاجتهاد في الدفع بتقدير حقه في الدينار.

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦١، الروضة ٦/ ١٧٠.

(٢) قال النووي: «وأقل صنف ثلاثة». (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٢)، كما قال النووي: «ويقتصر على ثلاثة، والأفضل استيعاب الموجودين عند الإمكان». (الروضة ٦/ ١٧١).

(٣) القول الأول هو الراجح، ويعتبر زيد كأحد الفقراء في المذهب، وفيه أوجه كثيرة. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٢، الروضة ٦/ ١٨٣).

فصل [الوصية لقبيلة]:

وإن وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين، والهاشميين، وطي، وتميم، ففيه قولان، أحدهما: أن الوصية تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم، كما قلنا في الوصية للفقراء، والثاني: أن الوصية باطلة؛ لأنه لا يمكن أن يعطى الجميع، ولا عرف لهذا اللفظ في بعضهم، فبطل بخلاف الفقراء، فإنه قد ثبتت لهذا اللفظ عرف، وهو في ثلاثة في الزكاة[1].

فصل [الوصية لمن يرى الوصي]:

وإن أوصى أن يضع ثلثه حيث يرى لم يجز أن يضعه في نفسه؛ لأنه تمليك ملكه بالإذن، فلم يملك من نفسه، كما لو وكله في البيع، والمستحب أن يصرفه إلى من لا يرث الموصي من أقاربه، فإن لم يكن له أقارب صرف إلى أقاربه من الرضاع، فإن لم يكونوا صرف إلى جيرانه؛ لأنه قائم مقام الموصي، والمستحب للموصي أن يضع فيما ذكرناه، فكذلك الوصي[2].

فصل [الوصية لزيد ولجبريل]:

وإن وصى بالثلث لزيد ولجبريل، كان لزيد نصف الثلث، وتبطل في الباقي[3]، فإن وصى لزيد وللرياح، ففيه وجهان، أحدهما: أن الجميع لزيد، لأن ذكر الرياح لغو، والثاني: أن لزيد النصف، وتبطل الوصية في الباقي، كالمسألة قبلها[4].

---

(١) القول الأول هو الراجح، وتصح الوصية في الأظهر، وله الاقتصار على ثلاثة منهم. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٢، الروضة ٦/ ١٨٥).

(٢) انظر: الروضة ٦/ ١٧٢.

(٣) وهذا هو الوجه الأصح أن لزيد النصف. (الروضة ٦/ ١٨٥).

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، ويثبت لزيد النصف في الأصح. (الروضة ٦/ ١٨٥).

فإن قال: ثلثي لله ولزيد، ففيه وجهان، أحدهما: أن الجميع لزيد، وذكر الله تعالى للتبرك، كقوله تعالى: ﴿فأنَّ للهِ خُمُسَه وللرسولِ﴾ [الأنفال: ٤١]، والثاني: أنه يدفع إلى زيد نصفه، والباقي للفقراء؛ لأن عامة ما يجب لله تعالى يصرف إلى الفقراء(١).

فصل [الوصية لحمل]:

وإن وصى لحمل امرأة، فولدت ذكراً وأنثى، صرف إليهما، وسوي بينهما؛ لأن ذلك عطية، فاستوى فيه الذكر والأنثى(٢).

وإن وصى إن ولدت ذكراً فله ألف، وإن ولدت أنثى فلها مائة، فولدت ذكراً وأنثى استحق الذكر الألف والأنثى المائة.

فإن ولدت خنثى دفع إليه المائة لأنه يقين، ويترك الباقي إلى أن يتبين.

فإن ولدت ذكرين أو أنثيين، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أن الوارث يدفع الألف إلى من يشاء من الذكرين، والمائة إلى من يشاء من الأنثيين، لأن الوصية لأحدهما فلا تدفع إليهما، والاجتهاد في ذلك إلى الوارث كما لو أوصى لرجل بأحد عبديه، والثاني: أنه يشترك الذكران في الألف، والأنثيان في المائة؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فسوي بينهما، ويخالف العبد فإنه جعله إلى الوارث، وههنا لم يجعله إلى الوارث، والثالث: أنه يوقف الألف بين الذكرين، والمائة بين الأنثيين إلى أن يبلغا، ويصطلحا؛ لأن الوصية لأحدهما، فلا يجوز أن تجعل لهما، ولا خيار للوارث، فوجب التوقف(٣).

---

(١) الوجه الثاني: هو الراجح، ويثبت لزيد النصف، والباقي يصرف في وجوه القُرَب في الأصح، وفي المسألة وجهان آخران. (الروضة ٦/ ١٨٥، ١٨٦).

(٢) انظر: الروضة ٦/ ١٦٧.

(٣) الراجح صحة الوصية في هذه الحالة في الأصح، وفي كيفية التوزيع يرجح الوجه الأول، ويصرف الوارث إلى من شاء منهما، كما لو وقع الإبهام في الموصى به. (الروضة ٦/ ١٦٨).

فإن قال: إن كان ما في بطنك ذكراً فله ألف، وإن كان أنثى فله مائة، فولدت ذكراً وأنثى لم يستحق واحد منهما شيئاً؛ لأنه شرط أن يكون جميع ما في البطن ذكراً أو جميعه أنثى، ولم يوجد واحد منهما[١].

فصل [الوصية بسهم أو نصيب]:

فإن أوصى لرجل بسهم أو بقسط أو بنصيب أو بجزء من ماله، فالخيار إلى الوارث في القليل والكثير؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل في القليل والكثير.

فصل [الوصية بمثل نصيب وارث]:

فإن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته أعطي مثل نصيب أقلهم نصيباً؛ لأنه نصيب أحدهم، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه، وله ابن كان ذلك وصية بنصف المال، لأنه يحتمل أن يكون قد جعل له الكل ويحتمل أنه جعله مع ابنه، فلا يلزمه إلاَّ اليقين، ولأنه قصد التسوية بينه وبين ابنه، ولا توجد التسوية إلاَّ فيما ذكرناه[٢].

فإن كان له ابنان، فوصى له بمثل نصيب أحد ابنيه، جعل له الثلث، وإن وصى له بنصيب ابنه بطلت الوصية، لأن نصيب الابن للابن فلا تصح الوصية به، كما لو أوصى له بمال ابنه من غير الميراث، ومن أصحابنا من قال: يصح ويجعل المال بينهما، كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه[٣]، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه، وله ابن كافر، أو قاتل، فالوصية باطلة؛ لأنه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له، فأشبه إذا وصى بمثل نصيب أخيه، وله ابن.

فصل [الوصية بضعف نصيب وارث]:

فإن وصى بضعف نصيب أحد أولاده، دفع إليه مثلا نصيب أحدهم، لأن

---

(١) انظر: الروضة ٦/ ١٦٧.

(٢) الوصية بالنصف في هذه الحالة، فإن لم يجز الوارث الزيادة ردت إلى الثلث. (الروضة ٦/ ٢٠٨).

(٣) القول الأول هو الراجح، والأصح بطلان الوصية. (الروضة ٦/ ٢٠٨).

الضعف عبارة عن الشيء ومثله، ولهذا يروى أن عمر رضي الله عنه أضعف الصدقة على نصارى بني تغلب أي أخذ مثلي ما يؤخذ من المسلمين، فإن وصى له بضعفي نصيب أحدهم أعطي ثلاثة أمثال نصيب أحدهم، وقال أبو ثور: يعطى أربعة أمثاله، وهذا غلط؛ لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله، فوجب أن يكون الضعفان عبارة عن الشيء ومثليه[1].

فصل [وصيتان متفاوتتان بأكثر من الثلث]:

فإن وصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصفه، وأجاز الورثة، قسم المال بينهما على خمسة، للموصى له بالثلث سهمان، وللموصى له بالنصف ثلاثة أسهم، فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على خمسة، على ما ذكرناه، لأن ما قسم على التفاضل عند اتساع المال قسم على التفاضل عند ضيق المال، كالمواريث، والمال بين الغرماء.

فإن أوصى لرجل بجميع ماله، ولآخر بثلثه، وأجاز الورثة قسم المال بينهما على أربعة، للموصى له بالجميع ثلاثة أسهم، وللموصى له بالثلث سهم؛ لأن السهام في الوصايا كالسهام في المواريث، ثم السهام في المواريث إذا زادت على قدر المال أعيلت الفريضة[2] بالسهم الزائد، فكذلك في الوصية فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على ما قسم الجميع.

فصل [الوصية بشيء موصوف ولا يملكه]:

فإن قال: أعطوه رأساً من رقيقي، ولا رقيق له، أو قال: أعطوه عبدي الحبشي، وله عبد سندي، أو عبدي الحبشي، وسماه باسمه، ووصفه بصفة من بياض أو سواد، وعنده حبشي يسمى بذلك الاسم، ومخالف له في الصفة،

---

(١) انظر: الروضة ٦/ ٢١٢.

(٢) العول: مأخوذ من الميل، وذلك أن الفريضة إذا عالت فهي تميل على أهل الفريضة جميعاً فتنقصهم. (النظم ١/ ٤٥٧).

فالوصية باطلة؛ لأنه وصى له بما لا يملكه، فإن كان له رقيق أعطى منه واحداً سليماً، كان أو معيباً؛ لأنه لا عرف في هبة الرقيق، فحمل على ما يقع عليه الاسم، فإن مات ماله من الرقيق بطلت الوصية؛ لأنه فات ما تعلقت به الوصية من غير تفريط، فإن قتلوا فإن كان قبل موت الموصي بطلت الوصية؛ لأنه جاء وقت الوجوب ولا رقيق له، فإن قُتلوا بعد موته وَجَبَتْ له قيمة واحد منهم؛ لأنه بدل ما وجب له.

فصل [الوصية بالعتق]:

فإن وصى بعتق عبد، أعتق عنه ما يقع عليه الاسم، لعموم اللفظ، ومن أصحابنا من قال: لا يجزي إلاَّ ما يجزي في الكفارة، لأن العتق في الشرع له عرف، وهو ما يجزي في الكفارة، فحملت الوصية عليه، فإن وصى أن يعتق عنه رقبة، فعجز الثلث عنها، ولم تجز الورثة، أعتق قدر الثلث من الرقبة؛ لأن الوصية تعلقت بجميعها، فإذا تعذر الجميع بقي في قدر الثلث، فإن وصى أن يعتق عنه رقاب، أعتق ثلاثة؛ لأن الرقاب جمع، وأقله ثلاثة، فإن عجز الثلث عن الثلاثة أعتق عنه ما أمكن، فإن اتسع الثلث لرقبتين، وتفضل شيء، فإن لم يمكن أن يُشترى بالفضل بعض الثالثة زيد في ثمن الرقبتين، وإن أمكن أن يشتري به بعض الثالثة، ففيه وجهان، أحدهما: يزاد في ثمن الرقبتين، لما رُوي «أن النبي ﷺ، سئل عن أفضل الرقاب؟ فقال: أكثرها ثمناً، وأنفسها عند أهلها»[1]، والثاني: أنه يشترى به بعض الثالثة، لقوله ﷺ: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار»[2]، ولأن ذلك أقرب إلى العدد الموصى به.

---

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري عن أبي ذر رضي الله عنه مرفوعاً (٢/ ٨٩١ كتاب العتق، باب أي الرقاب أفضل)، ومسلم (٢/ ٧٣ كتاب الإيمان، باب كون الإيمان بالله أفضل الأعمال)، وأخرجه مالك عن عائشة في (الموطأ ص ٤٨٧ كتاب العتق، باب فضل عتق الرقاب)، وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٩٣.

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري عن أبي هريرة مرفوعاً، وأوله «أيما رجل أعتق...» =

فصل [الوصية بالعتق وفيهم خنثى]:

فإن قال: أعتقوا عبداً من عبيدي، وله خنثى، حكم له بأنه رجل، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يجوز؛ لأنه محكوم بأنه عبد، والثاني: لا يجوز؛ لأن اسم العبد لا ينصرف إليه، فإن قال: أعتقوا أحد رقيقي، وفيهم خنثى مشكل، فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة أحد رقيقه أنه لا يجوز الخنثى المشكل، وروى المزني: أنه يجوز، فمن أصحابنا من قال: يجوز كما نقله المزني؛ لأنه من الرقيق، ومنهم من قال: لا يجوز كما نقله الربيع؛ لأن إطلاق اسم الرقيق لا ينصرف إلى الخنثى المشكل.

فصل [الوصية بشاة]:

فإن قال: أعطوه شاة، جاز أن يدفع إليه الصغير والكبير، والضأن والمعز؛ لأن اسم الشاة يقع عليه، ولا يدفع إليه تيس، ولا كبش على المنصوص، ومن أصحابنا من قال: يجوز الذكر والأنثى؛ لأن الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والأنثى، كالإنسان يقع على الرجل والمرأة[1].

فإن قال: أعطوه شاة من غنمي، والغنم إناث لم يدفع إليه ذكر، فإن كانت ذكوراً لم يدفع إليه أنثى؛ لأنه أضاف إلى المال، وليس في المال غيره، فإن كانت غنمه ذكوراً وإناثاً، فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه إذا أوصى بشاة، ولم يضف إلى المال[2].

فإن قال: أعطوه ثوراً، لم يعط بقرة، فإن قال أعطوه جملاً لم يعط ناقة، فإن

= (٢/ ٨٩١ كتاب العتق، باب في العتق وفضله)، ومسلم (١٠/ ١٥١، ١٥٢ كتاب العتق، باب فضل العتق).

(١) هذا القول الثاني هو الراجح، ويدخل الذكر في الوصية بالشاة على الأصح، وبهذا قال أكثر الأصحاب. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٥، الروضة ٦/ ١٥٩).

(٢) انظر: (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٥، ٥٦، الروضة ٦/ ١٥٩).

قال: أعطوه بعيراً، فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة، ومن أصحابنا من قال: يُعطى، لأن البعير كالإنسان يقع على الذكر والأنثى[1]، فإن قال: أعطوه رأساً من الإبل، أو رأساً من البقر، أو رأساً من الغنم، جاز الذكر والأنثى، لأن ذلك اسم للجنس.

فصل [الوصية بدابة]:

فإن قال أعطوه دابة[2]، فالمنصوص أنه يعطى فرساً أو بغلاً أو حماراً، واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس: هذا قاله على عادة أهل مصر، فإن الدواب في عرفهم الأجناس الثلاثة، فإن كان الموصى بمصر أعطي واحداً من الثلاثة، وإن كان في غيرها، لم يعط إلاَّ الفرس؛ لأنه لا تطلق الدابة في سائر البلاد إلاَّ على الفرس.

وقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبـي هريرة: يُعطى واحداً من الثلاثة في جميع البلاد؛ لأن الاسم الدواب يطلق على الجميع[3].

فإن قال: أعطوه دابة من دوابـي، وليس عنده إلاَّ واحد من الثلاثة أعطي منه؛ لأنه أضاف إلى ماله، وليس له غيره.

فإن قال: أعطوه دابة ليقاتل عليه العدو، لم يعط إلاَّ فرساً، فإن قال: ليحمل عليه، لم يعط إلاَّ بغلاً أو حماراً، فإن قال: لينتفع بنسله، لم يعط إلاَّ فرساً أو حماراً، لأن القرينة دلت على ما ذكرناه[4].

---

(١) القول الثاني هو الراجح، والأصح عند الأصحاب تناول البعير الجمل والناقة، لأنه اسم جنس عند أهل اللغة. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٦، الروضة ٦/ ١٦٠).

(٢) أصل الدابة: ما يدب على الأرض، قال الله تعالى: ﴿خلق كل دابة من ماء﴾ [النور: ٤٥]، وأما الدابة التي تركب فإن هذا الاسم وقع اصطلاحاً وعادة لا حقيقة. (النظم ١/ ٤٥٨).

(٣) القول الثاني هو الراجح، والمذهب حمل الدابة على فرس وبغل وحمار. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٥٦، الروضة ٦/ ١٦٢).

(٤) انظر: الروضة ٦/ ١٦٢.

فصل [الوصية بكلب]:

فإن وصى بكلب، ولا كلب له، فالوصية باطلة؛ لأنه ليس عنده كلب، ولا يمكن أن يشترى، فبطلت الوصية، فإن قال: أعطوه كلباً من كلابي، وعنده كلاب لا ينتفع بها، بطلت الوصية؛ لأن ما لا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه، فإن كان ينتفع بها أعطي واحداً منها إلاَّ أن يقرن به قرينة من صيد أو حفظ زرع، فيدفع إليه ما دلت عليه القرينة[1].

فإن كان له ثلاثة كلاب، ولا مال له، فأوصى بجميعها، ولم تجز الورثة، ردت إلى الثلث، وفي كيفية الرد وجهان، أحدهما: يدفع إليه من كل كلب ثلثه كسائر الأعيان، والثاني: يدفع إليه أحدها[2]، وتخالف سائر الأعيان؛ لأن الأعيان تُقوَّم وتختلف أثمانها، والكلاب لا تقوم، فاستوى جميعها، وفيما يأخذ وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه يأخذ واحداً منها بالقرعة، والثاني: يعطيه الوارث ما شاء منها[3].

فإن كان له كلب واحد فوصى به ولم تجز الورثة، ولم يكن له مال، أعطى ثلثه، فإن كان له مال، ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة، أنه يدفع الجميع إلى الموصى له؛ لأن أقل المال خير من الكلب، فأمضيت الوصية فيه، كما لو أوصى له بشاة، وله مال تخرج الشاة من ثلثه، والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري، أنه يدفع إليه ثلث الكلب؛ لأنه لا يجوز أن يحصل للموصى له شيء إلاَّ ويحصل للورثة مثلاه، ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال، لأنه لا قيمة له فاعتبر بنفس[4].

---

(١) انظر الروضة ٦/ ١١٩، ١٢٠.

(٢) القول الثاني هو الراجح، والأصح أن ينظر إلى عدد الرؤوس، وتنفذ الوصية من الثلاثة في واحد. (الروضة ٦/ ١٢٠).

(٣) يبدو ترجيح الوجه الثاني، لأن الوصية مبهمة، فتعود إلى الوارث.

(٤) الوجه الثاني هو الراجح، وتنفذ الوصية في الثلث، ويعتبر الكلب كالأموال. (الروضة ٦/ ١٢٠).

فصل [الوصية بطبل]:

وإن وصى له بطبل من طبوله، وليس له إلاَّ طبول الحرب، أعطي واحداً منها، وإن لم يكن له إلاَّ طبول اللهو نظرتَ: فإن لم يصلح، وهو طبل لغير اللهو، وإن فصل لمباح لم يقع عليه اسم الطبل، فالوصية باطلة؛ لأنه وصية بمحرم، وإن كان يصلح لمنفعة مباحة مع بقاء الاسم، جازت الوصية؛ لأنه يمكن الانتفاع به في مباح، وإن كان له طبل حرب، وطبل لهو، ولم يصلح طبل اللهو لغير اللهو، أعطي طبل الحرب؛ لأن طبل اللهو لا تصح الوصية به فيصير كالمعدوم، وإن كان يصلح لمنفعة مباحة أعطاه الوارث ما شاء منهما[(١)].

فصل [الوصية بعود]:

فإن وصى بعود من عيدانه، وعنده عود اللهو، وعود القوس، وعود البناء[(٢)]، كانت الوصية بعود اللهو[(٣)]، لأن إطلاق الاسم ينصرف إليه، فإن كان عود اللهو يصلح لمنفعة مباحة دفع إليه، ولا يدفع معه الوتر والمضراب لأن اسم العود يقع من غير وتر ولا مضراب[(٤)]، وإن كان لا يصلح لغير اللهو، فالوصية باطلة؛ لأنه وصية بمحرم[(٥)].

ومن أصحابنا من قال: يعطى من عود القوس والبناء؛ لأن المحرم كالمعدوم، كما قلنا فيمن وصى بطبل من طبوله، وعنده طبل حرب، وطبل لهو،

---

(١) انظر: الروضة ٦/١٢١، ١٥٥.

(٢) البناء: هي الأخشاب التي يسقف بها، ويبنى عليها فوق الأبواب، وغير ذلك. (النظم ١/٤٥٨).

(٣) انظر: الروضة ٦/١٥٦.

(٤) المضراب: هو الآلة التي يحرك بها الوتر، وقد يكون من فضة وذهب وخشب وسوى ذلك. (النظم ١/٤٥٩).

(٥) انظر: الروضة ٦/١٥٦.

أنه تجعل الوصية في طبل الحرب، ويجعل طبل اللهو كالمعدوم، والمذهب أنه لا يعطى شيئاً؛ لأن العود لا يطلق إلاَّ على عود اللهو، والطبل يطلق على طبل اللهو، وطبل الحرب، فإذا بطل في طبل اللهو، حمل على طبل الحرب[1].

فإن قال: أعطوه عوداً من عيداني، وليس عنده إلاَّ عود القوس، أو عود البناء، أعطي منها، لأنه أضاف إلى ما عنده، وليس عنده سواء[2].

فـصــل [الوصية بقوس]:

فإن وصى له بقوس كانت الوصية بالقوس الذي يرمى عنه النبل والنشاب، دون قوس الندف، والجلاهق[3]، وهو قوس البندق؛ لأن إطلاق الاسم ينصرف إلى ما يرمى عنه، ولا يعطى معه الوتر، ومن أصحابنا من قال: يعطى معه الوتر؛ لأنه لا ينتفع به إلاَّ مع الوتر، والصحيح أنه لا يعطى؛ لأن الاسم يقع عليه من غير وتر[4].

فإن قال: أعطوه قوساً من قسيـي، وليس عنده إلاَّ قوس الندف، أو قوس البندق، أعطي مما عنده؛ لأنه أضاف إلى ما عنده، وليس عنده سواه، وإن كان عنده قوس البندق وقوس الندف أعطي قوس البندق؛ لأن الاسم إليه أسبق[5].

فـصــل [الوصية بعتق المكاتب]:

فإن وصى بعتق مكاتبه، أو بالإبراء مما عليه، اعتبر من الثلث أقل الأمرين

---

(١) القول الأول هو الأصح وهو المنصوص، وأن الوصية باطلة. (الروضة ٦/ ١٥٦).

(٢) انظر: الروضة ٦/ ١٥٦.

(٣) الجلاهق: هي قوس البندق يرمى عنها الطير بالطين المدور، وأصلها بالفارسية: جلة، وهي كبة غزل، والكبير: جلهاز، وبها سمي الحائط. (النظم ١/ ٤٥٩).

(٤) القول الأول هو الراجح، ولا يدخل الوتر في الوصية بالقوس على الأصح. (الروضة ٦/ ١٥٨).

(٥) انظر: الروضة ٦/ ١٥٨.

من قيمته أو مال الكتاب؛ لأن الإبراء عتق، والعتق إبراء، فاعتبر أقلهما، وألغي الآخر، فإن احتملهما الثلث عتق وبرىء من المال، وإن لم يحتمل شيئاً منه لديون عليه بطلت الوصية، وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه، فإن أدى عتق، وإن عجز رق، وتعلق به حق الغرماء والورثة، فإن احتمل الثلث بُعِّضَ ذلك، مثل أن يحتمل النصف من أقل الأمرين عتق نصفه، وبقي نصفه على الكتابة، فإن أدى عتق، وإن عجز رق، وإن احتمل الثلث أحدهما دون الآخر، اعتبر الأقل، فعتق به، فإن لم يكن له مال غير العبد، نظر فإن كان قد حل عليه مال الكتابة عتق ثلثه في الحال، وبقي الباقي على الكتابة إن أدى عتق، وإن عجز رق، وإن لم يحل عليه مال الكتابة، ففيه وجهان، أحدهما: لا يتعجل عتق شيء منه؛ لأنه يحصل للموصى له الثلث، ولم يحصل للورثة مثلاه، وهذا لا يجوز، كما لو أوصى بالثلث، وله مال حاضر، ومال غائب، فإنه لا تمضي الوصية في شيء حتى يحصل للورثة مثلاه، والثاني: وهو ظاهر المذهب، أنه يتعجل عتق ثلثه، ويقف الثلثان على العتق بالأداء أو الرق بالعجز؛ لأن الورثة على يقين من الثلثين إما بالأداء، وإما بالعجز، بخلاف ما لو كان له مال حاضر ومال غائب؛ لأنه ليس عل يقين من سلامة الغائب.

فصل [الوصية بالوضع عن المكاتب]:

فإن قال: ضعوا عن[1] مكاتبي أكثر ما عليه، وضع عنه النصف وشيء؛ لأنه هو الأكثر، فإن قال: ضعوا عنه ما شاء من كتابته، فشاء الجميع، فقد روى الربيع رحمه الله أنه يوضع عنه الجميع إلاَّ شيئاً، وروى المزني أنه إذا قال: ضعوا عنه ما شاء، فشاءها كلها، وضع الجميع إلاَّ شيئاً، فمن أصحابنا من قال: الصحيح ما رواه الربيع؛ لأن قوله من كتابته يقتضي التبعيض ، وما رواه المزني خطأ في النقل، والذي يقتضيه أن يوضع عنه الكل إذا شاء، لأن قوله ما شاء عام في الكل

(١) ضَعُوا عنه: أي حطوا عنه، لأن الحط والوضع معناهما واحد. (النظم ١/ ٤٥٩).

والبعض، وقال أبو إسحاق: ما نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه، وما نقله المزني أيضاً صحيح، فإنه يقتضي أن يبقى من الكل شيء؛ لأنه لو أراد وضع الجميع لقال ضعوا عنه مال الكتابة؛ فلما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل.

فإن قال: ضعوا عنه ما قل وما كثر، وضع الوارث عنه ما شاء من قليل وكثير؛ لأنه ما من قدر إلاَّ وهو قليل بالإضافة إلى ما هو أكثر، وكثير بالإضافة إلى ما هو أقل منه.

فإن قال: ضعوا عنه أكثر نجومه، وضع عنه أكثرها مالاً؛ لأن إطلاق الأكثر ينصرف إلى كثرة المال دون طول المدة.

فإن قال: ضعوا عنه أوسط النجوم، واجتمع في نجومه أوسط في القدر، وأوسط في المدة، وأوسط في العدد، كان للوارث أن يضع أي الثلاثة شاء؛ لأن الوسط يقع على الثلاثة؛ فإن استوى الجميع في المدة والقدر وضع عنه الأوسط في العدد، فإن كانت النجوم ثلاثة وضع عنه الثاني، فإن كانت أربعة وضع عنه الثاني والثالث؛ فإن كانت خمسة وضع عنه الثالث وعلى هذا القياس.

فـصــل [الوصية بدين الكتابة الفاسدة]:

وإن كاتب عبده كتابة فاسدة، ثم أوصى لرجل بما في ذمته، لم تصح الوصية؛ لأنه لا شيء له في ذمته، فصار كما لو وصى بماله في ذمة حر ولا شيء له في ذمته.

وإن وصى له بما يقبضه منه صحت الوصية؛ لأنه أضاف إلى حال يملكه، فصار كما لو وصى له برقبة مكاتب إذا عجزه، وفي هذا عندي نظر؛ لأنه لا يملكه بالقبض، وإنما يعتق بحكم الصفة، كما يعتق بقبض الخمر إذا كاتبه عليه ثم لا يملكه.

وإن وصى برقبته، والكتابة فاسدة، نظرتَ: فإن لم يعلم بفساد الكتابة ففيه قولان، أحدهما: أن الوصية جائزة؛ لأنها صادفت ملكه، والثاني: أنها باطلة،

لأنه وصى وهو يعتقد أنه يملك الوصية، وإن وصى بها، وهو يعلم أن الكتابة فاسدة صحت الوصية قولاً واحداً، كما لو باع من رجل شيئاً بيعاً فاسداً، ثم باعه من غيره، وهو يعلم فساد البيع الأول، ومن أصحابنا من قال: القولان في الجميع، ويخالف البيع؛ فإن فاسده لا يجري مجرى الصحيح في الملك، وفي الكتابة الفاسدة كالصحيح في العتق، والصحيح هو الطريقة الأولى.

فصل [الوصية بحج فرض]:

وإن وصى بحج فرض من رأس المال حج عنه من الميقات؛ لأن الحج من الميقات وما قبله تسبب إليه[1].

فإن وصى به من الثلث، ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه يحج عنه من بلده، فإن عجز الثلث عنه تمم من رأس المال؛ لأنه يجب عليه الحج من بلده، والثاني: وهو قول أكثر أصحابنا، أنه من الميقات؛ لأن الحج يجب بالشرع من الميقات فحملت الوصية عليه[2].

وإن أوصى أن يجعل جميع الثلث في حج الفرض حج عنه من بلده، وإن عجز الثلث عن ذلك حج عنه من حيث أمكن من طريقه، وإن عجز عن الحج من الميقات تمم من رأس المال ما يحج به من الميقات؛ لأن الحج من الميقات مستحق من رأس المال، وإنما جعله من الثلث توفيراً على الورثة، فإذا لم يف الثلث بالجميع بقي فيما لم يف من رأس المال[3].

فصل [الوصية بحج التطوع]:

وإن أوصى بحج التطوع، وقلنا: إنه تدخله النيابة، نظرتَ: فإن قال: أحجوا

---

(١) يجب الحج من الميقات في هذه الحالة في الأصح، وإليه ميل الأكثرين. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٧، الروضة ٦/ ١٩٥).

(٢) القول الثاني هو الراجح، ويجب عليه الحج من الميقات. (الروضة ٦/ ١٩٦).

(٣) انظر: الروضة ٦/ ١٩٦.

بمائة من ثلثي حج عنه من حيث أمكن، وإن لم يوجد من يحج بهذا القدر بطلت الوصية، وعاد المال إلى الورثة؛ لأنها تعذرت، فبطلت، كما لو أوصى لرجل بمال فردَّه.

وإن قال: أحجوا عني بثلثي صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج، فإن اتسع المال لحجة أو حجتين، وفضل ما لا يكفي لحجة أخرى من بلده حج من حيث أمكن من دون بلده إلى الميقات، فإن عجز الفضل عن حجة من الميقات رد الفضل إلى الورثة، وإن أمكن أن يعتمر به لم يفعل؛ لأن الموصى له هو الحج دون العمرة، فإن قال: أحجوا عني، حج عنه بأجرة المثل من حيث أمكن من بلده إلى الميقات، فإن عجز الثلث عن حجة من الميقات بطلت الوصية، لما ذكرناه[1].

فصل [الوصية بحج وثلث]:

وإن وصى أن يحج عنه رجل بمائة، ويدفع ما يبقى من الثلث إلى آخر، وأوصى بالثلث لثالث، فقد وصى بثلثي ماله، فإن كان الثلث مائة سقطت وصيته للموصى له بالباقي، لأن وصيته فيما يبقى بعد المائة ولم يبق شيء، فإن أجاز الورثة دفع إلى الموصى له بالثلث ثلثه، وهو مائة، وإلى الموصى له بالمائة مائة، وإن لم يجيزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين، لأنهما اتفقا في قدر ما يستحقان وهو المائة، فإن كان الثلث أكثر من مائة وأجاز الورثة دفع الثلث إلى الموصى له بالثلث، ودفع مائة إلى الموصى له بالمائة، ودفع ما بقي إلى الموصى له بالباقي، وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث رُدَّت الوصيةُ إلى نصفها، وهو الثلث، فيدفع إلى الموصى له بالثلث، نصف الثلث، وفي النصف الآخر وجهان، أحدهما: يقدم فيه الموصى له بالمائة، ولا يدفع إلى الموصى له بالباقي شيء حتى يأخذ الموصى له بالمائة حقه؛ لأنه وإن كان قد اعتد به[2] مع

---

(١) انظر: الروضة ٦/ ١٩٥.

(٢) اعتد به: افتعل، من العدد أي جعله في عدد حسابه. (النظم ١/ ٤٦٠).

الموصى له بالمائة في إحراز الثلث إلاّ أن حقه فيما يبقى بعد المائة فلا يأخذ شيئاً قبل أن يستوفى الموصى له بالمائة حقه، كما اعتد بالأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم على الجد في إحراز ثلثي المال، ثم لا يأخذ شيئاً مع الأخ من الأب والأم، فإن كان النصف مائة، أو أقل، أخذه الموصى له بالمائة وإن كان أكثر أخذ الموصى له بالمائة مائة، وأخذ الموصى له بالباقي ما يبقى، والوجه الثاني: أن الموصى له بالمائة، والموصى له بالباقي، يقسمان النصف على قدر وصيتهما من الثلث، فإن كان الثلث مائتين اقتسما المائة نصفين لكل واحد منهما خمسون، وإن كان مائة وخمسين اقتسما الخمسة والسبعين أثلاثاً للموصى له بالمائة خمسون، وللموصى له بالباقي خمسة وعشرون، وعلى هذا القياس لأنه إنما أوصى له بالمائة من كل الثلث لا من بعضه، فلم يجز أن يأخذ من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه، كأصحاب المواريث إذا زاحمهم[1] من له فرض أو وصية[2].

فصل [الوصية بالثلث ثم بالحج]:

وإن بدأ فوصى بثلث ماله لرجل، ثم وصى لمن يحج عنه بمائة، ووصى لآخر بما يبقى من الثلث، ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق إن الوصية بالباقي بعد المائة باطلة؛ لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى من الثلث، فعلى هذا إن أجاز الورثة نفذت الوصيتان، وإن لم يجيزوا ردت الوصية إلى الثلث، فإن كان الثلث مائة، استوت وصيتهما، فيقتسمان الثلث بينهما نصفين، وإن كان الثلث خمسمائة قسم الثلث على ستة أسهم، للموصى له بالثلث خمسة أسهم، وللموصى له بالمائة سهم، فإن كان الثلث ألفاً قسم على أحد عشر سهماً، للموصى له بالثلث عشرة أسهم، وللموصى له بالمائة سهم، والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الحكم في هذه المسألة كالحكم في المسألة قبلها؛

---

(١) زاحمهم: أي ضايقهم، والمزاحمة المضايقة. (النظم ١/ ٤٦٠).

(٢) القول الثاني هو الراجح، ويقسم الباقي بينهما على ثلاثة أسهم عند الجمهور (الروضة ٦/ ١٩٩).

لأنه إذا أوصى بالمائة بعد الثلث علم أنه لم يرد ذلك الثلث لأن الوصية الأولى قد استوعبته وإنما أراد ثلثاً ثانياً فإذا أوصى بعد المائة بما يبقى من الثلث دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثاني فصار موصياً بثلثي ماله، كالمسألة قبلها[1].

فصل [الوصية بعبد ثم بباقي الثلث]:

وإن وصى لرجل بعبد، ولآخر بما بقي من الثلث، قُوِّم العبد مع التركة بعد موت الموصي، فإن خرج من الثلث دفع إلى الموصى له، فإن بقي من الثلث شيء دفع إلى الآخر، وإن لم يبق شيء بطلت الوصية بالباقي؛ لأن وصيته فيما بقي، وإن أصاب العبد عيب بعد موت الموصي قوّم سليماً، ودفع إلى الموصى له الباقي، لأنه وصى له بالباقي من قيمته وهو سليم، وإن مات العبد بعد موت الموصي بطلت الوصية فيه، وقوّم وقت الموت مع التركة، ودفع إلى الموصى له الباقي من الثلث، لأنهما وصيتان فلا تبطل إحداهما ببطلان الأخرى، كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما.

فصل [الوصية بمنفعة عبد]:

فإن وصى له بمنفعة عبد ملك الموصى له منافعه واكتسابه، فإن كان جارية ملك مهرها؛ لأنه بدل منفعتها[2].

ولا يجوز للمالك وطؤها؛ لأنه تملك الرقبة من غير منفعة، ولا للموصى له وطؤها، لأنه تملك المنفعة من غير الرقبة، والوطء لا يجوز إلاّ في ملك تام[3].

ويجوز تزويجها لاكتساب المهر، وفيمن يملك العقد ثلاثة أوجه، أحدها: يملكه الموصى له بالمنفعة، لأن المهر له، والثاني: يملكه المالك؛ لأنه يملك

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح كالمسألة السابقة، ويوزع الثلث عليهما عند الجمهور. (الروضة ٦/١٩٨، ١٩٩).

(٢) انظر: الروضة ٦/١٨٧، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٥.

(٣) انظر: الروضة ٦/١٨٨، ١٩٠.

رقبتها، والثالث: لا يصح العقد إلاَّ باتفاقهما؛ لأن لكل واحد منهما حقاً فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر.

فإن أتت بولد مملوك ففيه وجهان، أحدهما: أنه للموصى له؛ لأنه من جملة فوائدها، فصار كالكسب، والثاني: أنه كالأم رقبته للمالك، ومنفعته للموصى له؛ لأنه جزء من الأم، فكان حكمه حكم الأم.

فإن قتل ففي قيمته وجهان، أحدهما: أنها للمالك؛ لأنها بدله فكانت له، والثاني: وهو الصحيح، أنه يشترى به مثله، للمالك رقبته، وللموصى له منفعته، لأنه قائم مقام الأصل، فكان حكمه حكم الأصل.

فإن جني على طرفه، ففي أرشه وجهان، أحدهما: أنه للمالك لأنه بدل ملكه، والثاني: وهو الصحيح، أن ما قابل منه ما نقص من قيمة الرقبة للمالك، وما قابل منه ما نقص من المنفعة للموصى له، لأنه دخل النقص عليهما، فقسط الأرش عليهما.

فإن احتاج العبد إلى نفقة ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أن النفقة على الموصى له بالمنفعة، لأن الكسب له، والثاني: أنها على المالك، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأن النفقة على الرقبة فكانت على مالكها، والثالث: أنها في كسبه، فإن لم يف الكسب ففي بيت المال، لأنه لا يمكن إيجابها على المالك، لأنه لا يملك الانتفاع، ولا على الموصى له، لأنه لا يملك الرقبة، فلم يبق إلاَّ ما قلناه[1].

فإن احتاج البستان الموصى بثمرته إلى سقي، أو الدار الموصى بمنفعتها إلى عمارة، لم يجب على واحد منهما؛ لأنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الإنفاق، فإذا اشتركا لم يجب[2].

---

(١) انظر: الروضة ٦/ ١٨٩.

(٢) انظر: الروضة ٦/ ١٨٩، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٦.

فصل [بيع الرقبة]:

فإن أراد المالك بيع الرقبة، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يجوز؛ لأنه يملكها ملكاً تاماً، والثاني: أنه لا يجوز؛ لأنها عين مسلوبة المنفعة، فلم يجز بيعها، كالأعيان التي لا منفعة فيها، والثالث: يجوز بيعها من الموصى له،؛ لأنه يمكنه الانتفاع بها، ولا يجوز من غيره؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بها، فإن أراد أن يعتقه جاز، لأنه يملكه ملكاً تاماً[1]، وللموصى له أن يستوفي المنفعة بعد العتق، لأنه تصرف في الرقبة فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعة، ولا يرجع العبد على المالك بأجرته، كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق في أحد القولين؛ لأن هنالك ملك المولى بدل منفعته، ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعة[2].

باب
الرجوع في الوصية

يجوز الرجوع في الوصية، لأنها عطية لم تُزِل الملك، فجاز الرجوع فيها، كالهبة قبل القبض[3].

ويجوز الرجوع بالقول، والتصرف؛ لأنه فسخ عقداً قبل تمامه، فجاز بالقول والتصرف، كفسخ البيع في مدة الخيار، وفسخ الهبة قبل القبض.

وإن قال: هو حرام عليه، فهو رجوع[4]؛ لأنه لا يجوز أن يكون وصية له، وهو محرم عليه، فإن قال: لوارثي، فهو رجوع؛ لأنه لا يجوز أن يكون للوارث

---

(١) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٥.
(٢) انظر: الروضة ٦/ ١٨٩، ١٩٠.
(٣) انظر: الروضة ٦/ ٣٠٤، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧١.
(٤) لو قال: هو حرام على الموصى له، فهو رجوع عن الوصية على المذهب. (الروضة ٦/ ٣٠٤).

وللموصى له، وإن قال: هو تركتي، ففيه وجهان، أحدهما: إنه رجوع؛ لأن التركة للورثة، والثاني: أنه ليس برجوع؛ لأن الوصية من جملة التركة[(١)].

فصل [الوصية بعبد ثم الوصية به]:

وإن وصى لرجل بعبد، ثم وصى به لآخر، لم يكن ذلك رجوعاً لإمكان أن يكون نسي الأول، أو قصد الجمع بينهما[(٢)]، فإن قال: ما وصيت به لفلان، فقد وصيت به لآخر، فهو رجوع، ومن أصحابنا من قال: ليس برجوع، كالمسألة قبلها، والمذهب الأول؛ لأنه صرح بالرجوع[(٣)].

فصل [التصرف بالموصى به]:

وإن باعه، أو وهبه، وأقبض، أو أعتقه، أو كاتبه، أو أوصى أن يباع، أو يوهب ويقبض أو يعتق، أو يكاتب، فهو رجوع؛ لأنه صرفه عن الموصى له[(٤)].

وإن عرضه للبيع، أو رهنه في دين، أو وهبه ولم يقبضه، فهو رجوع؛ لأن تعريضه لزوال الملك صرف عن الموصى له. ومن أصحابنا من قال: إنه ليس برجوع؛ لأنه لم يزل الملك، وليس بشيء[(٥)].

وإن وصى بثلث ماله، ثم باع ماله، لم يكن ذلك رجوعاً؛ لأن الوصية بثلث المال عند الموت، لا بثلث ما باعه[(٦)].

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يكون قوله: «هو تركتي» رجوعاً على الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧١، الروضة ٦/ ٣٠٤).

(٢) وهذا هو الصحيح المنصوص عليه أنه ليس برجوع. (الروضة ٦/ ٣٠٥).

(٣) وهذا هو الصحيح، فهو رجوع على الصحيح لإشعاره به. (الروضة ٦/ ٣٠٦).

(٤) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧١، الروضة ٦/ ٣٠٤.

(٥) الهبة مع الإقباض رجوع قولاً واحداً، وبدون قبض رجوع أيضاً على الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧١، الروضة ٦/ ٣٠٤).

(٦) انظر: الروضة ٦/ ٣٠٦.

فإن وصى بعبد، ثم دبره، فإن قلنا: إن التدبير عتق بصفة كان ذلك رجوعاً؛ لأنه عرضه لزوال الملك، وإن قلنا: إنه وصية، وقلنا في أحد القولين: إن العتق يقدم على سائر الوصايا، كان ذلك رجوعاً، لأنه أقوى من الوصية فأبطلها، وإن قلنا: إن العتق كسائر الوصايا ففيه وجهان، أحدهما: أنه ليس برجوع، فيكون نصفه مدبراً، ونصفه موصى به، كما لو أوصى به لرجل، ثم وصى به لآخر، والثاني: أنه رجوع؛ لأن التدبير أقوى؛ لأنه يتنجز من غير قبول، والوصية لا تتم إلاَّ بالقبول، فقدم التدبير كما يقدم ما تنجز في حياته من التبرعات على الوصية[1].

فصل [تصرفات لا تعتبر رجوعاً]:

وإن وصى له بعبد، ثم زوجه، أو أجره، أو علمه صنعة أو ختنه، لم يكن ذلك رجوعاً، لأن هذه التصرفات لا تنافي الوصية، فإن كانت جارية فوطئها، لم يكن ذلك رجوعاً، لأنه استيفاء منفعة فلم يكن رجوعاً كالاستخدام، وقال أبو بكر بن الحداد المصري: إن عزل عنها لم يكن رجوعاً، وإن لم يعزل عنها كان رجوعاً، لأنه قصد التسري بها[2].

فصل [خلط الموصى به]:

وإن وصى بطعام معين فخلطه بغيره كان ذلك رجوعاً، لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه[3].

فإن وصى بقفيز من صَبُرة ثم خلط الصبرة بمثلها، لم يكن ذلك رجوعاً؛ لأن الوصية مختلطة بمثلها، والذي خلطه به مثله، فلم يكن رجوعاً.

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويكون التدبير رجوعاً على المذهب. (الروضة ٦/ ٣٠٤).

(٢) القول الأول هو الراجح، فالوطء مع العزل ليس برجوع، وكذا مع الإنزال على الصحيح وقول الأكثرين. (الروضة ٦/ ٣١٠).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٢، الروضة ٦/ ٣٠٩.

فإن خلطه بأجود منه كان رجوعاً؛ لأنه أحدث فيه بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها.

فإن خلطه بما دونه ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة، أنه ليس برجوع؛ لأنه نقص أحدثه فلم يكن رجوعاً، كما لو أتلف بعضه، والثاني: أنه رجوع لأنه يتغير بما دونه، كما يتغير بما هو أجود منه[1].

فإن نقله إلى بلد أبعد من بلد الموصى له، ففيه وجهان، أحدهما: أنه رجوع؛ لأنه لو لم يرد الرجوع لما أبعده عنه، والثاني: أنه ليس برجوع؛ لأنه باق على صفته[2].

فصل [الوصية بحنطة فقلاها]:

فإن وصى بحنطة فقلاها، أو بذرها، كان ذلك رجوعاً؛ لأنه جعله كالمستهلك، وإن وصى بحنطة فطحنها، أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه، كان ذلك رجوعاً، لأنه أزال عنه الاسم، ولأنه جعله للاستهلاك[3].

وإن وصى له بخبز فجعله فتيتاً، ففيه وجهان، أحدهما: أنه رجوع؛ لأنه أزال عنه إطلاق اسم الخبز، فأشبه إذا ثرَّده، والثاني: ليس برجوع؛ لأن الاسم باق عليه، لأنه يقال خبز مدقوق[4].

وإن وصى برطب فجعله تمراً، ففيه وجهان، أحدهما: أنه رجوع؛ لأنه أزال عنه اسم الرطب، والثاني: ليس برجوع؛ لأنه أبقى له وأحفظ على الموصى

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، فإن خلطه بما دونه لا يعتبر رجوعاً. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٢، الروضة ٦/ ٣٠٩).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، فإن نقله إلى بلد فليس برجوع على الأصح. (الروضة ٦/ ٣٠٨).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٢، الروضة ٦/ ٣٠٧.

(٤) الوجه الأول هو الراجح، فإن أوصى بخبز فجعله فتيتاً فهو رجوع على الأصح. (الروضة ٦/ ٣٠٧).

له[1].

فصل [الوصية بقطن فغزله]:

وإن وصى بقطن فغزله، أو بغزل فنسجه، كان ذلك رجوعاً، لأنه أزال عنه الاسم[2].

وإن أوصى له بقطن فحشا به فراشاً، ففيه وجهان، أحدهما: أنه رجوع، لأنه جعله للاستهلالك، والثاني: ليس برجوع؛ لأن الاسم باق عليه[3].

فصل [الوصية بثوب فقطعه]:

وإن أوصى له بثوب فقطعه، أو بشاة فذبحها، كان رجوعاً، لأنه أزال عنه الاسم، ولأنه جعله للاستهلاك، وإن وصى له بلحم فطبخه، أو شواه كان ذلك رجوعاً؛ لأنه جعله للأكل، وإن قدَّده ففيه وجهان، كما قلنا في الرطب إذا جعله تمراً[4].

فصل [الوصية بثوب فصار قميصاً]:

وإن وصى له بثوب فقطعه قميصاً، أو بساج فجعله باباً، ففيه وجهان، أحدهما: أنه رجوع، لأنه أزال عنه إطلاق اسم الثوب والساج، ولأنه جعله للاستعمال، والثاني: أنه ليس برجوع؛ لأن اسم الثوب والساج باق عليه[5].

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، فلو أوصى برطب فتمّرَه فالأشبه أنه ليس برجوع. (الروضة ٦/ ٣٠٧).

(٢) انظر: الروضة ٦/ ٣٠٧، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٢.

(٣) الوجه الأول هو الراجح، فلو حشا القطن فراشاً أو جبة فرجوع على الأصح. (الروضة ٦/ ٣٠٧).

(٤) سبق بيان الوجهين في التمر (هامش ١)، وتقديد اللحم الموصى به ليس برجوع. (الروضة ٦/ ٣٠٧).

(٥) الوجه الأول هو الراجح، فلو قطع الثوب قميصاً أو صبغه فرجوع على الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٢، الروضة ٦/ ٣٠٨).

فصل [الوصية بدار فهدمها]:

وإن وصى بدار فهدمها، كان رجوعاً، لأنه تصرف أزال به الاسم، فكان رجوعاً[1]، كما لو وصى بحنطة فطحنها، وإن تهدمت نظرتَ: فإن لم يزل عنها اسم الدار، فالوصية باقية فيما بقي، وأما ما انفصل عنها فالمنصوص أنه خارج من الوصية، لأنه انفصل عن الموصى به في حياة الموصي، وحكى القاضي أبو القاسم بن كج رحمه الله وجهاً آخر: أنه للموصى له؛ لأنه تناولته الوصية، فلم يخرج منها بالانفصال[2].

وإن زال عنها اسم الدار ففي الباقي من العرصة وجهان، أحدهما: أنه تبطل فيه الوصية؛ لأنه زال عنها اسم الدار، والثاني: لا تبطل؛ لأنه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع[3]. .

فصل [الوصية بأرض فزرعها]:

وإن وصى له بأرض فزرعها لم يكن ذلك رجوعاً؛ لأنه لا يراد للبقاء، وقد يحصل قبل الموت، فلم يكن رجوعاً، وإن غرسها أو بنى فيها، ففيه وجهان، أحدهما: أنه رجوع؛ لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة، فدل على الرجوع، والثاني: ليس برجوع؛ لأنه استيفاء منفعة فهو كالزراعة[4]، فعلى هذا في موضع الأساس، وقرار الغراس وجهان، أحدهما: أنه لا تبطل فيه الوصية كالبياض الذي بينهما، فإذا مات الغراس أو زال البناء عاد إلى الموصى له، والثاني: أنه تبطل الوصية فيه، لأنه

---

(١) انظر: الروضة ٣٠٨/٦.

(٢) القول الأول هو الراجح، وتبطل الوصية في النُّقَض على الصحيح لزوال اسم الدار. (الروضة ٣٠٨/٦).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، وتبقى الوصية في العرصة على الصحيح. (الروضة ٣٠٨/٦).

(٤) الوجه الأول هو الراجح، فلو بنى في الأرض أو غرس، فرجوع على الأصح. (الروضة ٣١٠/٦).

جعله تابعاً لما عليه[1].

فصل [الوصية بسكنى ثم أجّرها]:

وإن أوصى له بسكنى دار سنة فأجرها دون السنة لم يكن ذلك رجوعاً؛ لأنه قد تنقضي الإجارة قبل الموت، فإن مات قبل انقضاء الإجارة ففيه وجهان، أحدهما: يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الإجارة، والثاني: أنه تبطل الوصية بقدر ما بقي من مدة الإجارة، وتبقى في مدة الباقي[2].

باب
الأوصياء

لا تجوز الوصية إلاّ إلى بالغ، عاقل، حر، عدل، فأما الصبي، والمجنون، والعبد، والفاسق، فلا تجوز الوصية إليهم؛ لأنه لا حظ للميت ولا للطفل في نظر هؤلاء ولهذا لم تثبت لهم الولاية[3].

وأما الكافر فلا تجوز الوصية إليه في حق المسلم، لقوله عز وجل: ﴿لا تتخذُوا بطَانةً مِنْ دُونكم لا يألونَكم خَبَالاً ودُّوا ما عَنِتُم﴾[4] [آل عمران: ١١٨]، ولأنه غير مأمون على المسلم، ولهذا قال الله تعالى: ﴿لا يَرْقبون في مُؤْمن إلاًّ ولا ذِمَّة﴾ [التوبة: ١٠]، وفي جواز الوصية إليه في حق الكافر وجهان،

---

(١) ذكر النووي الوجهين ولم يرجح، لأنهما مبنيان على القول الضعيف السابق. (الروضة ٦/ ٣١٠).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، وتبقى الوصية بقية السنة للموصى له. (الروضة ٦/ ٣٠٩).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٤، الروضة ٦/ ٣١١.

(٤) البطانة: الخاص من الأصحاب، أبطنتَ الرجل إذا جعلته من خواصك، كأنه يعلم بباطن أمورك، لا يألون: لا يقصرون في الإفساد بينكم، ولا يبقون غاية في إلقائكم في الخبال، والخبال: الفساد، والعنت: المشقة، وقوله تعالى: ﴿لا يرقُبون في مؤمن إلاًّ ولا ذمة﴾ لا يراعون ولا ينتظرون، والإل: العهد، وقيل: القرابة. (النظم ١/ ٤٦٣).

أحدهما: أنه يجوز؛ لأنه يجوز أن يكون ولياً له فجاز أن يكون وصياً له كالمسلم، والثاني: لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم.

فصل [الوصية إلى المرأة]:

وتجوز الوصية إلى المرأة، لما رُوي أن عمر رضي الله عنه وصى إلى ابنته حفصة في صدقته ما عاشت، فإذا ماتت فهو إلى ذوي الرأي من أهلها[1]، ولأنها من أهل الشهادة، فجازت الوصية إليها كالرجل[2].

واختلف أصحابنا في الأعمى، فمنهم من قال: تجوز الوصية إليه، لأنه من أهل الشهادة، فجازت الوصية إليه كالبصير، ومنهم من قال: لا تجوز الوصية؛ لأنه تفتقر الوصية إلى عقود لا تصح من الأعمى[3]، وفضل نظر لا يدرك إلاَّ بالعين.

فصل [وقت اعتبار الشروط]:

واختلف أصحابنا في الوقت الذي تعتبر فيه الشروط التي تصح بها الوصية إليه، فمنهم من قال: يعتبر ذلك عند الوفاة، فإن وصى إلى صبي فبلغ، أو كافر فأسلم، أو فاسق فصار عدلاً، قبل الوفاة صحت الوصية؛ لأن التصرف بعد الموت، فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء، أو الحكم، دون التحمل، ومنهم من قال: تعتبر عند العقد، وعند الموت، ولا تعتبر فيما بينهما، لأن حال العقد حال الإيجاب، وحال الموت حال التصرف، فاعتبر فيهما، ومنهم من قال: تعتبر في حال الوصية وفيما بعدها؛ لأنَّ كل وقت من ذلك يجوز أن يستحق فيه التصرف بأن يموت،

---

(١) خبر عمر رواه أبو داود، ومر في الوقف ص ٦٩٠ (وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٩٦).
(٢) انظر: الروضة ٦/ ٣١٢، المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٥.
(٣) الوجه الأول هو الراجح، ولا يضر العمى في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٤).

فاعتبرت الشروط في الجميع[1].

فصل [تغير حال الوصي]:

وإن وصى إلى رجل فتغير حاله بعد موت الموصي، فإن كان لضعف ضم إليه معين أمين، وإن تغير بفسق، أو جنون، بطلت الوصية إليه، ويقيم الحاكم من يقوم مقامه[2].

فصل [الوصية إلى نفسين]:

ويجوز أن يوصى إلى نفسين[3]، لما روي أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ جعلت النظر في وقفها إلى علي كرم الله وجهه، فإن حدث به حدث رفعه إلى ابنيها، فيليانها[4]، ويجوز أن يجعل إليهما وإلى كل واحد منهما؛ لأنه تصرف مستفاد بالإذن فكان على حسب الإذن.

فإن جعل إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف فإن ضعف أحدهما، أو فسق، أو مات، جاز للآخر أن يتصرف، ولا يقام مقام الآخر غيره؛ لأن الموصي رضي بنظر كل واحد منهما وحده[5].

فإن وصى إليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف؛ لأنه لم يرض بأحدهما[6]، فإن ضعف أحدهما ضم إليه من يعينه فإن فسق أحدهما، أو مات،

---

(١) القول الأول هو الراجح، وتعتبر الشروط عند الموت في الأصح. (الروضة ٦/ ٣١١).

(٢) قال النووي: «وينعزل الوصي بالفسق». (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٥، الروضة ٦/ ٣١٢).

(٣) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٧، الروضة ٦/ ٣١٧.

(٤) قال الحافظ ابن حجر: «حديث أن فاطمة أوصت إلى علي، فإن حدث به حادث فإلى ابنيها، لم أره». (التلخيص الحبير ٣/ ٩٦).

(٥) انظر: الروضة ٦/ ٣١٨.

(٦) انظر: المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٧، الروضة ٦/ ٣١٨.

أقام الحاكم من يقوم مقامه؛ لأن الموصي لم يرض بنظره وحده، فإن أراد الحاكم أن يفوض الجميع إلى الثاني لم يجز، لأنه لم يرض الموصي باجتهاده وحده(١).

فإن ماتا أو فسقا، فهل للحاكم أن يفوض(٢) إلى واحد؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه سقط حكم الوصية بموتهما، وفسقهما، فكان الأمر فيه إلى الحاكم، والثاني: لا يجوز؛ لأنه لم يرض بنظر واحد(٣).

وإن اختلف الوصيان في حفظ المال جعل بينهما نصفين، فإذا بلغا إلى التصرف، فإن كان التصرف إلى كل واحد منهما تصرف كل واحد منهما في الجميع، وإن كان إليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف دون الآخر.

فصل [الوصية بشيء ولمدة]:

ومن وصى إليه في شيء لم يصر وصياً في غيره، ومن وصى إليه إلى مدة لم يصر وصياً بعد المدة؛ لأنه تصرف بالإذن فكان على حسب الإذن(٤).

فصل [ولاية الوصي]:

وللوصي أن يوكل فيما لم تجر به العادة أن يتولاه بنفسه، كما قلنا في الوكيل(٥)، ولا يجوز أن يوصي إلى غيره؛ لأنه يتصرف بالإذن فلم يملك الوصية كالوكيل(٦).

---

(١) انظر: الروضة ٦/٣١٨.

(٢) يقال: فوّض إليه الأمر: رده وجعله إلى نظره وتصرفه. (النظم ١/٤٦٣).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يجوز للحاكم أن ينصب واحداً مكان الاثنين. (الروضة ٦/٣١٨).

(٤) حسب الإذن: محرك أي قدر الإذن. (النظم ١/٤٦٣).

(٥) انظر: الروضة ٦/٣٢٢.

(٦) قال النووي: «وليس لوصي إيصاء، فإن أُذن له جاز في الأظهر». (المنهاج ومغني المحتاج ٣/٧٦)، وانظر: بالروضة ٦/٣١٤.

فإن قال: أوصيت إليك فإن مت فقد أوصيت إلى فلان، صح؛ لأن عمر رضي الله عنه وصى إلى حفصة، فإذا ماتت فإلى ذوي الرأي من أهلها، ووصت فاطمة رضي الله عنها إلى علي كرم الله وجهه، فإذا مات، فإلى ابنيها، ولأنه علق وصية التالي على شرط، فصار كما لو قال: وصيت إليك شهراً، ثم قال: إلى فلان.

فإن أوصى إليه وأذن له أن يوصي إلى من يرى، فقد قال في «الوصايا»: لا يجوز، وقال في «اختلاف العراقيين»: يجوز، فمن أصحابنا من قال: يجوز قولاً واحداً؛ لأنه ملك الوصية والتصرف في المال، فإذا جاز أن ينقل التصرف في المال إلى الوصي جاز أن ينقل الوصية إليه، وما قال في «الوصايا» أراد إذا أطلق الوصية، ومنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: يجوز لما ذكرناه، والثاني: لا يجوز؛ لأنه يعقد الوصية عن الموصي في حال لا ولاية له فيه[(١)].

وإن وصى إليه، وأذن له أن يوصي بعد موته إلى رجل بعينه، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه قطع اجتهاده فيه بالتعيين، والثاني: أنه كالمسألة الأولى، لأن علة المسألتين واحدة[(٢)].

فـصــل [القبول لصحة الوصية]:

ولا تتم الوصية إليه إلاَّ بالقبول؛ لأنه وصية فلا تتم إلاَّ بالقبول، كالوصية له[(٣)]، وفي وقت القبول وجهان، أحدهما: يصح القبول في الحال، وفي الثاني: لأنه أذن له في التصرف، فصح القبول في الحال، وفي الثاني: كالوكالة، والثاني؛

---

(١) القول الثاني هو الراجح، وأن في المسألة قولين، والراجح منها الجواز، فإن أوصى الوصي إلى شخص صح في الأظهر. (الروضة ٦/ ٣١٤).

(٢) الوجه الثاني هو الراجح، فإن عين الموصي للموصى له شخصاً لتعيينه فقولان، والراجح، أنه يصح على الأظهر كالمسألة السابقة. (الروضة ٦/ ٣١٤).

(٣) المذهب اشتراط القبول، وأشار بعضهم إلى خلاف فيه. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٧، الروضة ٦/ ٣١٦).

لا يصح إلاّ بعد الموت، كالقبول في الوصية له[1].

فصل [عزل الوصي]:

وللموصي أن يعزل الوصي إذا شاء، وللوصي أن يعزل نفسه متى شاء؛ لأنه تصرف بالإذن فجاز لكل واحد منهما فسخه كالوكالة.

فصل [الاختلاف مع الوصي]:

إذا بلغ الصبي، واختلف هو والوصي في النفقة، فقال الوصي: أنفقت عليك، وقال الصبي: لم تنفق عليّ، فالقول قول الوصي؛ لأنه أمين، وتتعذر عليه إقامة البينة على النفقة[2].

فإن اختلفا في قدر النفقة، فقال: أنفقت عليك في كل سنة مائة دينار، وقال الصبي: بل أنفقت عليّ خمسين ديناراً، فإن كان ما يدعيه الوصي النفقة بالمعروف فالقول قوله؛ لأنه أمين، وإن كان أكثر من النفقة بالمعروف، فعليه الضمان؛ لأنه فرط في الزيادة.

وإن اختلفا في المدة، فقال الوصي: أنفقت عشر سنين، وقال الصبي: خمس سنين، ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري، أن القول قول الوصي، كما لو اختلفا في قدر النفقة، والثاني: وهو قول أكثر أصحابنا، أن القول قول الصبي، لأنه اختلاف في مدة الأصل عدمها[3].

فصل [الاختلاف في دفع المال]:

وإن اختلفا في دفع المال إليه، فادعى الوصي أنه دفعه إليه، وأنكر الصبي، ففيه وجهان، أحدهما: وهو المنصوص، أن القول قول الصبي؛ لأنه لم يأتمنه

---

(١) الوجه الثاني هو الراجح، ويشترط القبول بعد الموت على الأصح. (الروضة ٦/٣١٦).

(٢) يصدق الوصي بيمينه. (الروضة ٦/ ٣٢٠، المنهاج ومغني المحتاج ٣/٧٨).

(٣) الوجه الثاني هو الراجح، ولا يقبل قول الوصي في المدة الأطول على الأصح. (الروضة ٦/٣٢١).

على حفظ المال، فلم يقبل قوله عليه، كالمودع إذا ادعى دفع الوديعة إلى وارث المودع، والملتقط إذا ادعى دفع اللقطة إلى مالكها، والثاني: أن القول قول الوصي، كما قلنا في النفقة(١).

فصل [ما يلحق الميت بعد موته]:

ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته بغير إذنه إلاّ دين يقضى عنه، أو صدقة يتصدق بها عنه، أو دعاء يدعى له(٢).

فأما الدين فالدليل عليه ما رُوي أن امرأة من خَثْعم سألت رسول الله ﷺ عن الحجِ عن أبيها؟ فأذن لها، فقالت: أينفعه ذلك؟ قال: نعم، كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه(٣).

وأما الصدقة، فالدليل عليها ما روى ابن عباس أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: إنَّ أمه توفيت، أفينفعها أن أتصدقَ عنها؟ فقال: «نعم»، قال: فإنَّ لي مَخْرَفاً فأشهدُك أني قد تصدقتُ به عنها(٤).

---

(١) الوجه الأول هو الراجح، ولا يقبل قول الولي بالدفع بغير بينة، وإلاّ صدق الولد. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٧٨، الروضة ٦/ ٣٢١).

(٢) قال النووي: «تنفع الميت صدقة ودعاء من وارث وأجنبي». (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٩)، وانظر: الروضة ٦/ ٢٠٠، ٢٠٢، ٢٠٣.

(٣) هذا الحديث أخرجه البخاري (٢/ ٦٥٧ كتاب الإحصار وجزاء الصيد، باب الحج عمن لا يستطيع الثبوت على الراحلة)، ومسلم (٩/ ٩٧ كتاب الحج، باب الحج عن العاجز لزمانه وهرم ونحوهما)، ورواه أحمد وأصحاب السنن. (المجموع ١٥/ ١٥٥).

(٤) حديث ابن عباس أخرجه البخاري، وذكر أن اسم السائل سعد بن عبادة (٣/ ١٠١٣ كتاب الوصايا، باب إذا قال: أرضي أو بستاني صدقة عن أمي فهو جائز)، وأبو داود (٢/ ١٠٦ كتاب الوصايا، باب فيمن مات من غير وصية يتصدق عليه)، والترمذي (٣/ ٣٣٩ كتاب الزكاة، باب الصدقة عن الميت)، والنسائي (٦/ ٢١١ كتاب الوصايا، باب فضل الصدقة عن الميت).

والمَخْرف: بفتح الميم، وهو البستان، والمخرف: النخلة نفسها. (النظم ١/ ٤٦٤).

وأما الدعاء فالدليل عليه قوله عز وجل: ﴿والذينَ جاءُوا من بَعْدِهم يقولونَ: ربَّنا اغفرْ لنا ولإخواننا الذينَ سبقونا بالإيمان﴾ [الحشر: ١٠]، فأثنى الله عز وجل عليهم بالدعاء لإخوانهم من الموتى.

وأما ما سوى ذلك من القرب، كقراءة القرآن، وغيرها، فلا يلحق الميت ثوابها[١]، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا مات الإنسانُ انقطعَ عنه عملُه إلاَّ من ثلاثٍ: صدقةٍ جاريةٍ، أو علم ينتفع به، أو ولدٍ صالح يدعو له»[٢].

واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة يمين، فأعتق عنه، فمنهم من قال: لا يقع العتق عن الميت، بل يكون للمعتق لأن العتق غير متحتم على الميت؛ لأنه كان يجوز له تركه إلى غيره، فلم يقع عنه كما لو تطوع بالعتق عنه في غير الكفارة، ومنهم من قال: يقع عنه؛ لأنه لو أعتق في حياته سقط به الفرض[٣]، وبالله التوفيق.

● ● ●

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٦٩، الروضة ٥/ ١٩١، ٦/ ٢٠٣.
(٢) حديث أبي هريرة رواه مسلم (١١/ ٨٥ كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته)، وأبو داود (٢/ ١٠٦ كتاب الوصايا، باب الصدقة عن الميت)، والنسائي (٦/ ٢١٠ كتاب الوصايا، باب فضل الصدقة عن الميت)، وأحمد (٢/ ٣٧٢).
(٣) القول الثاني هو الراجح، ويعتق الوارث أو الوصي في الكفارة في الأصح، أما التبرع من الأجنبي عن الميت بالإعتاق فلا يقع في الأصح. (المنهاج ومغني المحتاج ٣/ ٦٩).

انتهى قسم المعاملات وما يلحقها،
ويتلو ذلك قسم العتق والفرائض وأحكام الأسرة (الأحوال الشخصية).

فهرس الموضوعات

للكتب وأهم الأبواب

● ● ●

فهرس الموضوعات التفصيلي

(الكتب والأبواب والفصول)

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
فصل: المبيع ذوات أمثال فخلطه	٢٦٥
فصل: إفلاس المسلم إليه	٢٦٧
فصل: كراء الأرض والإفلاس بأجرة	٢٦٧
فصل: قسمة الغرماء ورفع الحجر	٢٦٨
فصل: تعلق الديون بالمال	٢٦٨
فصل: التصرف بالتركة قبل وفاء الدين	٢٦٩
فصل: ظهور غريم بعد القسمة	٢٧٠
باب: الحَجْر	٢٧١
فصل: تدرج النظار	٢٧٢
فصل: تصرف النظار	٢٧٢
فصل: ابتياع العقار	٢٧٣
فصل: البيع بنسيئة	٢٧٥
فصل: عدم مكاتبة العبد	٢٧٥
فصل: عدم السفر بالمال	٢٧٥
فصل: السفر بالمال للضرورة	٢٧٦
فصل: عدم الإيداع والإقراض	٢٧٦
فصل: الإنفاق على المحجور	٢٧٧
فصل: بيع مال المحجور بماله	٢٧٧
فصل: الأكل من ماله	٢٧٨
فصل: فك الحجر بالبلوغ	٢٧٨
فصل: إيناس الرشد	٢٨١
فصل: البلوغ مبذراً	٢٨٢
فصل: فك الحجر	٢٨٣
فصل: الحجر بعد فكه	٢٨٣

الموضوع	الصفحة
كتاب الصلح	٢٨٧
فصل: الصلح على عوض	٢٨٩
فصل: الإقرار ثم الإنكار للصلح	٢٩٠
فصل: الإنكار والبينة والصلح	٢٩٠
فصل: الإنكار ثم الصلح	٢٩٠
فصل: إخراج الجناح للطريق	٢٩١
فصل: الصلح عن الجناح	٢٩١
فصل: الإضرار بحسب الطريق	٢٩٢
فصل: الجناح لدار جاره	٢٩٢
فصل: الجناح إلى الدرب	٢٩٣
فصل: أجذاع الساباط	٢٩٣
فصل: فتح كوة	٢٩٤
فصل: الجذوع على الحائط	٢٩٤
فصل: الخشب على حائط الجار	٢٩٥
فصل: انتشار الشجرة	٢٩٦
فصل: دار بين زقاق وشارع	٢٩٦
فصل: باب في وسط درب	٢٩٨
فصل: حائط مشترك	٢٩٨
فصل: العلو والسفل	٣٠٠
كتاب الحوالة	٣٠٣
فصل: الحوالة على دين	٣٠٤
فصل: جنس المال المحال به	٣٠٤
فصل: الحوالة بمال معلوم	٣٠٤
فصل: التساوي بين الحقين	٣٠٥
فصل: الحوالة على مدين	٣٠٥

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

آثار المحقّق

١ - وَسَائل الإثْبات في المُعَاملات المدَنِيّة والأحْوالِ الشَّخْصِيَّة - رسالة دكتوراه. نشر دار البيان بدمشق - ١٤٠٢ هـ/١٩٨٢ م.

٢ - أُصُول الفقه الإسلامي - كتاب جامعي. الطبعة الأولى ١٣٩٦ هـ/ ١٩٧٦ م، الطبعة الثانية ١٤٠١ هـ/ ١٩٨١ م، الطبعة الثالثة ١٤٠٦ هـ/١٩٨٦ م.

٣ - وَظيفةُ الدِّين في الحياةِ، وحاجةُ النّاس إليه. دار القلم بدمشق - الطبعة الأولى ١٣٩٦ هـ/١٩٧٦ م، الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ/١٩٨٧ م.

٤ - أَدَبُ القَضَاء، الدُّرَرُ المنْظُومات في الأَقْضِيَةِ والحُكُومات، لابن أبي الدَّم الحموي - تحقيق. الطبعة الأولى بمجمع اللغة العربية بدمشق ١٣٩٦ هـ/١٩٧٦ م، الطبعة الثانية بدار الفكر بدمشق ١٤٠٢ هـ/١٩٨٢ م.

٥ - طُرُق تَدْريس التربية الإسلامية - كتاب جامعي. الطبعة الأولى سنة ١٤٠١ هـ/١٩٨١ م.

٦ - شَرْح الكَوْكَب المُنير في أصول الفقه، لابن النَّجار الفُتُوحي الحَنْبلي، تحقيق بالاشتراك، أربع مجلدات. نشر مركز البحث العلمي والتراث الإسلامي بجامعة أمّ القرى بمكة المكرمة ١٤٠٠ هـ/ ١٩٨٠ م.

٧ ـ أصول المحاكمات الشَّرْعية والمدنيَّة ـ كتاب جامعي. الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ/١٩٨٠ م، الطبعة الثانية ١٤٠٩ هـ/١٩٨٩ م.

٨ ـ القانُون المدني المقارن بالفقه الإسلامي ـ العُقُود المُسَمَّاة ـ كتاب جامعي. الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ/١٩٨٣ م، الطبعة الثانية ١٤٠٩ هـ/١٩٨٩ م.

٩ ـ التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية. الطبعة الأولى بدار الفكر بدمشق ١٤٠٠ هـ/ ١٩٨٠ م.

١٠ ـ الإمام الجُوَيْني ـ من سلسلة أعلام المسلمين. دار القلم بدمشق ـ الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ/١٩٨٦ م . نفد.

١١ ـ القاضي البَيْضَاوي ـ من سلسلة أعلام المسلمين. دار القلم بدمشق ـ الطبعة الأولى ـ ١٤٠٨ هـ/١٩٨٨ م.

١٢ ـ تَعريف عام بالعلُوم الشَّرْعية. نشر دار طلاس ـ الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ/١٩٨٨ م.

١٣ ـ المَدْخل إلى العلوم الإسلامية. نشر دار المعرفة ـ الطبعة الأولى ـ ١٤١٠ هـ/ ١٩٩٠ م.

١٤ ـ العز بن عبد السلام: من سلسلة أعلام المسلمين. دار القلم. بدمشق ـ الطبعة الأولى ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.